Die Ausgleichungspflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

die nebst den Thesen

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

mit Genehmigung der

Hohen juristischen Facultät der Universität Breslau

am

Freitag, den 26. Juli 1901, mittags 12 Uhr,

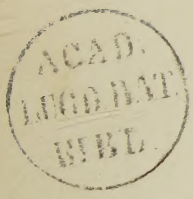
in der Aula Leopoldina

gegen die Herren Opponenten

Referendar **Huch**
Referendar **Demlow**

öffentlich verteidigen wird

Eduard Magnus
Referendar.



Breslau.
Druck von Graß, Barth u. Comp. (W. Friedrich).
1901.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Kapitel I. **Die Arten der Ausgleichung** 6

§ 2. Der Standpunkt des B. G.-B. 6
§ 3. Die gesetzliche Ausgleichungspflicht 7
§ 4. Das Leitmotiv der gesetzlichen Ausgleichungspflicht ist die Gleichstellung aller Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Zuwendungen 7
§ 5. Der dispositive Charakter der Gesetzesbestimmungen; insbesondere die Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichungspflicht erlassen zu können 8
§ 6. Eine Beschränkung der Erlaßfähigkeit des Erblassers besteht nicht hinsichtlich der Zuwendungen des § 2050_2 15
§ 7. Die Beschränkung der Erlaßfähigkeit hinsichtlich des Pflichtteilrechts 21
§ 8. Die gewillkürte Ausgleichungspflicht 27

Kapitel II. **Die Subjekte der Ausgleichungspflicht** 29

§ 9. Die Ausgleichungsverpflichteten. Als Prinzip ist die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge aufgestellt 29
§ 10. Ausnahme dieses Prinzips zu Gunsten der testamentarischen Erbfolge 32
§ 11. Subjekte der Ausgleichungspflicht sind nur Abkömmlinge des Erblassers 36
§ 12. Die Ausgleichungspflicht setzt eine Zuwendung des Erblassers an den Abkömmling voraus 39
§ 13. Die Ausnahme des § 2051_1 40
§ 14. Die Ausnahme des § 2051_2 44
§ 15. Die Beschränkung der nach § 2051 zur Ausgleichung Verpflichteten durch §§ 1935, 2095 47
§ 16. Beschränkung durch § 1927 51
§ 17. Beschränkung der Ausgleichungspflicht durch § 2053 55
§ 18. Die Ausgleichungspflicht beim Erbschaftskauf 60
§ 19. Die Ausgleichungsberechtigten 60

Seite

Kapitel III. **Die Objekte der Ausgleichungspflicht** 63
§ 20. Der Wille des Erblassers ist das Entscheidende 63
§ 21—24. Allgemeine Voraussetzungen 64
§ 21. Es muß sich um eine Zuwendung handeln 64
§ 22. Dieselbe muß vom Erblasser herrühren 65
§ 23. Regelung über Zweifel hinsichtlich der Person des Zuwendenden durch § 2054 65
§ 24. Die Zuwendung muß vom Erblasser zu dessen Lebzeiten gegeben sein 68
§ 25—27. Die Ausgleichungsobjecte selbst 69
§ 25. Die Ausstattung 74
§ 26. Die Zuwendungen des § 2050_2 80
§ 27. Die Zuwendungen des § 2050_3 86

Kapitel IV. **Die Durchführung der Ausgleichungspflicht** 86
§ 28, 29. Im Allgemeinen.
§ 28. Die Ausgleichung erfolgt bei der Auseinandersetzung 86
§ 29. Die Feststellung der Ausgleichungsgegenstände. Die Auskunftspflicht 88
§ 30—33. Im Besonderen.
§ 30. Das System im allgemeinen 91
§ 31. Die Durchführung der Ausgleichungspflicht. Die Berechnungsweise des § 2055_1 94
§ 32. Der für die Wertberechnung maßgebende Zeitpunkt 98
§ 33. Die besondere Berechnungsweise für den Fall des § 2056 105

Kapitel V. § 34. **Die Natur des Ausgleichungsanspruchs** .. 113

Litteraturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.
Altsmann, Das Recht des B. G.-B. Göttingen 1897.
Appelius, Zur Einführung in das Studium des B. G.-B. Berlin 1899.
Archiv für das bürgerliche Recht, Band 3, 11. Berlin 1890, 1896.
Archiv für civilistische Praxis, Band 75, 79. Freiburg i. B., 1889, 1892.
Bähr, Gegenentwurf eines B. G.-B. Kassel 1892.
Barre, B. G.-B. und code civil. Berlin 1897.
Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G.-B., Heft 18. Berlin 1889.
v. Bemberg-Flamersheim, Die Kollation der Deszendenten. Inaug.-Dissertation. Göttingen 1891.
Bendix, Deutsches Privatrecht, Band IV. Breslau 1899.
Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G.-B. Berlin 1899.
Böhm, Erbrecht des B. G.-B. 2. Aufl. Hannover 1900.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Band III. Erlangen 1886.
v. Buchka, B. G.-B. und Gemeines Recht. Berlin 1899.
Bunsen, Einführung in das B. G.-B., Band III. Rostock 1898.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900.
Dahn, Deutsches Rechtsbuch. Nördlingen 1877.
Das B. G.-B. nebst dem Einführungsgesetz, von den Rechtsanwälten Richard Wilke etc., V., Das Erbrecht. Berlin 1900.
Denkschrift zum Entwurf eines B. G.-B. Berlin 1896.
Dernburg, Lehrbuch der Pandekten. Berlin 1894.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1896.
Endemann, Einführung in das Studium des B. G.-B., Band III. Berlin 1899.
Enneccius und Lehmann, Das bürgerliche Recht, Band II. Marburg 1899.
Esmarch, Das im Herzogtum Schleswig geltende bürgerliche Recht. Schleswig 1846.
Fein, Das Recht der Kollation. Heidelberg 1842.
Fischer-Henle, B. G.-B. nebst dem Einführungsgesetz. München 1899.
Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Berlin 1883.
Francke, Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826.
Frommhold, Das Erbrecht des B. G.-B. Berlin 1900.
Gierke, Der Entwurf eines B. G.-B. Leipzig 1889.
Glück, Pandekten. Fortsetzung von Leist, 37/38, III. Erlangen 1875.

Goschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 33, 41. Berlin 1897.
Gruchot, Preußisches Erbrecht in Glossen, Band III. Berlin 1867.
Gutachten zum B. G.-B. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum B. G.-B., Band V. Berlin 1890.
Habicht, Die Einwirkung des B. G.-B. 2. Aufl. Jena 1900.
Hachenburg, Das B. G.-B. Mannheim 1900.
Haidlen, B. G.-B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Band IV. Stuttgart 1897.
Heilfron. Das Recht des B. G.-B. Berlin 1901.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. 2. Aufl. Leipzig 1857.
Hunger, Das römische Erbrecht. Erlangen 1834.
Kamptz, Das Civilrecht der Herzogtümer Mecklenburg. Schwerin u. Wismar 1805.
Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. Berlin 1845.
v. Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Abteilung I. Würzburg 1886.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 39. Freiburg i. B. 1897.
Kroning, Nachlaßgläubiger und Kollationspflicht. Inaugural - Dissertation. Göttingen 1894.
Krückmann, Institutionen des B. G.-B. Göttingen 1898.
Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfs. Berlin 1888.
v. Kuhlenbeck, Das B. G.-B., Band II. Berlin 1900.
v. Jacubezky, Bemerkungen zum Entwurf. München 1892.
Märcker, Die Nachlaßbehandlung. Berlin 1900.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.
Motive zum Entwurf eines B. G.-B. Berlin, Leipzig 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien des B. G.-B. Berlin 1899.
von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Partikularrechts, Band I. Frankfurt a. M., 1831.
Pfizer, Das Recht des B. G.-B. Ravensburg 1899.
Philler, Vorlesungen über das B. G.-B. Leipzig 1899.
Plank, Das B. G.-B., Lieferung 9. Berlin 1899.
Puchelt, Handbuch des französischen Civilrechts, Band IV. Heidelberg 1875.
Regelsberger, Pandekten, Band I. Leipzig 1893.
Roßhirt, Testam. Erbrecht bei den Römern. Heidelberg 1890.
v. Roth, Bairisches Civilrecht. Tübingen 1893.
Rot und Meibom, Kurhessisches Privatrecht. Marburg 1858.
Rudorff, Hannoversches Erbrecht. Hannover 1884.
Scherer, Erbrecht des B. G.-B. Erlangen 1900.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse. Jena 1897.
Siebenhaar, Kommentar für das B. G.-B. des Königreichs Sachsen. Leipzig 1869.
Siegl, Deutsches Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters. Heidelberg 1853.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869.
Stein und Kübel, Württembergisches Erbrecht. Stuttgart 1881.
Steinacker, Braunschweigisches Privatrecht. Braunschweig 1843.
Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem B. G.-B. Berlin 1896.
Strube, Das B. G.-B. Freiburg i. B., 1898.
Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels. Berlin 1828.
Trummer, Das Hamburgische Erbrecht, Band II. Hamburg 1852.
Unger, Das österreichische Erbrecht. Leipzig 1894.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Band II. Marburg 1852.
Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages. Berlin 1889.
Wilke, Reatz etc., Das B. G.-B. nebst dem Einführungsgesetz, Band V. Berlin 1900.
Windscheid, Pandekten, Band III. Frankfurt a. M., 1889.
Zeitschrift für französisches Civilrecht, Band 7. Mannheim u. Straßburg 1876.
Zimmer. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Proceß, Band 6.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0043

Einleitung.

§ 1.

Eines der in Deutschland vor Einführung des B. G.-B. wohl am verschiedenartigsten geregelten Gebiete der Rechtskodifikationen ist ohne Zweifel die Ausgleichungs- oder Kollationslehre.

Unter Ausgleichung versteht man die gesetzliche Pflicht gewisser Miterben sich bestimmte ihnen persönlich vom Erblasser zu dessen Lebzeiten gewährte Vermögenszuwendungen zu Gunsten gewisser anderer Miterben auf ihren Erbteil anrechnen zu lassen.

Die vom B. G.-B. und dem preuß. A. L.-R. gewählte Bezeichnung ist eine besonders glückliche, denn sie begreift das gesamte Institut der Berücksichtigung des Vorempfangs der Abkömmlinge in sich, ohne einen Hinweis auf die Art, wie dies sich vollzieht, zu enthalten.

Die in den anderen Rechten gebrauchten Ausdrücke, wie Rückbringung (rapport des code civil), Einwerfung (Badisches Landrecht, Zürcher und sächsisches Getetzbuch), Anrechnung (österreichisches Gesetzbuch und hessischer Entwurf), Einbringung, Einrechnung, Beibringung (von Windscheid vorgeschlagen) deuten stets auf die Art und Weise des Kollationsvollzuges hin, sogar zum Teil in unzutreffender Weise. So z. B. ist das Wort Einwerfung des sächsischen, zürcher und badischen Rechts nicht passend, da die Realkollation in diesen Rechten nicht als alleiniges Prinzip aufgestellt ist. Die Übersetzung des französischen rapport mit Rückbringen leidet an demselben Mangel, weil es auch nur die Kollation der Schenkung richtig bezeichnet, für Vermächtnisse aber nicht paßt.

Der Ausdruck des B. G.-B. berührt zugleich den dem gesamten Institut im B. G.-B. zu Grunde liegenden Gedanken einer Gleichstellung, einen Ausgleich hinsichtlich gewisser Un-

gleichheiten, die zwischen voraussätzlich gleichgestellten Erben bestehen. Diese beruht ihrerseits auf der Erwägung, daß es der präsumtive Wille des Erblassers sei, sein Vermögen solle unter seine Abkömmlinge entsprechend ihrem gesetzlichen Erbrecht in materieli gleicher Weise verteilt werden und daß infolge dessen auch bestimmte vermögensrechtliche Zuwendungen, die ein Abkömmling zu Lebzeiten des Erblassers von diesem empfangen hatte, nicht außer acht gelassen, sondern bei der Erbteilung berücksichtigt werden müßten. Dies hat seinen Grund in der vorauszusetzenden gleichmäßigen Liebe der Eltern zu allen ihren Kindern und in dem Gerechtigkeitsgefühl, unter allen Kindern eine gewisse Gleichheit bezüglich des Vorempfangenen herzustellen, keines vor dem anderen zu bevorzugen und allen gleiche Gaben für das Leben mitzugeben.

Daß dieser Gedanke der Beseitigung von Ungleichheiten zwischen bestimmten Erben ein gerechtfertigter und somit auch die Aufnahme dieser Lehre der Kollation in das B. G.-B. voll begründet ist, ergiebt sich aus dem Vorkommen dieses Institutes in allen Kodifikationen und Rechtssystemen Deutschlands. Nur die Motive zu einem Entwurf der das Erbrecht betreffenden Gesetze von 1835 (Preußen) leugnen einen solchen präsumtiven Willen der Eltern, alle ihre Kinder gleichmäßig an ihrem Vermögen teilnehmen zu lassen. Die tägliche Lebenserfahrung lehre — führen sie aus —, daß einige Kinder besondere Lieblinge der Eltern seien, andere aber wiederum vernachlässigt würden; grade diesen ihren Lieblingen wendeten die Eltern besondere Gaben zu, um sie dadurch zu bevorzugen. Wenn nun die Eltern — fahren die Motive fort — einem ihrer Kinder etwas zu ihren Lebzeiten zukommen ließen, so berechtige dies keineswegs zu dem Schluß, daß die begünstigten Kinder ihren Vorempfang bei der Erbteilung in Rechnung setzen müßten, denn dadurch fiele eine Begünstigung gradezu fort. Eine Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder auszustatten, geben die Motive zwar zu, jedoch nicht eine Verpflichtung, alle Kinder mit einer gleichmäßigen Ausstattung zu bedenken; die Höhe der Zuwendung hinge von den augenblicklichen Verhältnissen der Eltern, von den Bedürfnissen der Kinder und deren Verhalten gegen die Eltern ab. Den Schluß aus diesen Erwägungen ziehen die Motive, indem sie die Nötigkeit der Kollation ableugnen und an deren Stelle ein Recht der unausgestatteten Kinder setzen wollen, aus der Erbmasse die Kosten einer standes-

gemäßen Aussteuer etc. als Voraus zu fordern, gleichgültig, wieviel die Ausstattung der anderen Kinder betragen hat.

Einer solchen Abschaffung der Kollation ist nicht beizutreten, denn bei ihren Erwägungen haben wohl die Motive erstens übersehen, daß regelmäßig die Eltern alle ihre Kinder in gleicher Liebe umfassen und der Fall der Bevorzugung eines Kindes nicht der natürliche ist, daß daher ein Wille der Eltern alle Kinder gleichzustellen, wohl zu vermuten ist. Könnten ja doch die Eltern, falls sie ihren Liebling besonders begünstigen wollen, zu dessen Gunsten ein Testament errichten. Ferner liegt auch in dem Volksbewußtsein des Deutschen gleichsam als Gebot eines höheren Moralgesetzes tief eingewurzelt das Bewußtsein der Verpflichtung, alle Kinder gleichmäßig zu behandeln und keines vor dem anderen vermögensrechtlich bevorzugen zu dürfen. Die Motive erkennen dies auch insoweit an, als sie die Kollation als einen der Rechtsgrundsätze bezeichnen, mit denen die Deutschen am Besten vertraut seien und deren Ausübung ihnen gleichsam in Fleisch und Blut übergegangen sei.

Die Betrachtung der für den Entwurf von 1835 maßgebenden Erwägungen beweist, daß das B. G.-B. das Richtige getroffen hat, wenn es die Ausgleichungslehre aufgenommen und hierin der überwiegenden Mehrzahl der Rechte beigestimmt hat.

Der der Ausgleichungslehre zu Grunde liegende Gedanke einer Gleichstellung der Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Vorempfänge tritt uns natürlicherweise in allen Rechten nicht in gleicher Form und Gestalt entgegen, da diese Lehre mit verschiedenen anderen Faktoren in engem Zusammenhang steht. So z. B. mit dem Recht der Erbesfolge.[1]) Wird einer dieser

1) Am deutlichsten zeigt sich dies bei der collatio emancipatorum. Hier handelt es sich zwar nicht darum, einen Ausgleich zu schaffen bezüglich eines Vorempfangs, sondern vielmehr darum, eine Unbilligkeit auf einem anderen Gebiet zu beheben. Während nämlich im ältesten römischen Recht nur sui erbten, berief der Prätor neben den sui die emanzipierten Kinder des Erblassers zur bon. poss. unde liberi und gab ihnen dasselbe Noterbenrecht, wie den sui. Mit dieser Gleichstellung der sui und emancipati bezüglich ihrer Erbenstellung mußte eine weitere Maßregel des Prätors Hand in Hand gehen, ohne die die sui durch das Miterben der emancipati erheblich geschädigt worden wären. Die sui erwarben alles ihrem Vater, in dessen Gewalt sie standen, die emancipati hingegen erwarben alles für sich. Dies war nach altem Recht, indem die emancipati durch die sui von der Erbschaft ausgeschlossen wurden, angebracht. Die emancipati waren auf ihrer Hände Arbeit, die ihnen ganz zu Gute kam, angewiesen, während die sui ihren Verdienst an den Vater abgeben mußten,

Faktoren anders in einem Recht behandelt, als in den übrigen, so ergiebt sich daraus zugleich eine von den anderen Rechten abweichende Regelung der Kollationsfrage. Die Verschiedenheit der Behandlung der Ausgleichungslehre ist aber auch auf die Frage zurückzuführen, ob das betreffende Recht mehr deutschrechtliche oder mehr römischrechtliche Ideen in sich aufgenommen hat. Je nachdem ein Recht mehr nach dieser oder nach jener Seite hinneigt, werden sich Unterschiede der einzelnen Rechte untereinander ergeben. Auch die Zeit ist ein wesentlicher Faktor, welcher auf die Verschiedenartigkeit der Lösung der Kollationsfrage eingewirkt hat. Denn im Laufe der Zeiten

---

dafür aber allein die gesamte Erbschaft erhielten. Mit einem Schlage änderte sich die Sachlage, als der Prätor die emancipati neben den sui in die Klasse „unde liberi" zur Erbschaft berief. Die Emanzipierten erwarben alles, wie früher, für sich, nahmen aber außerdem noch an der Erbschaft teil, in der der Erwerb der sui steckte. Die Stellung der sui verschlechterte sich dadurch erheblich, da sie, wie früher, nichts selbst erwerben konnten, außerdem aber die Erbschaft, die ihnen früher allein zugefallen war, mit den Emanzipierten teilen mußten. Um nun diese durch das Miterben der emancipati hervorgerufene Benachteiligung der sui zu beseitigen, machte der Prätor den emancipati zur Pflicht, ihr Vermögen, das, wofern sie nicht aus der Familie ausgeschieden wären, zur Erbschaft gehören mußte, den miterbenden suis heredibus zu konferieren.

Die Fassung des Edikts, in dem der Prätor die Kollation anordnete, ist nach Lenel edictum perpetuum S. 275 folgende:

„Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant se, quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint quominus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse".

Ein weiteres Beispiel, daß die Erbfolge mit der Kollation in engem Zusammenhang steht, liefert Nov. 118, durch die die collatio emancipatorum beseitigt worden ist. Die Kollation der Emanzipierten war eine Leistung, mit der sich Personen, welche eigentlich keinen Anspruch auf die Erbschaft hatten, den eigentlichen Erben, den sui, gegenüber die Teilnahme an der Erbschaft erkaufen mußten. Durch Nov. 118 sind nun alle Deszendenten in ihrer Erbberechtigung einander völlig gleichgestellt; es kann daher von nun an nicht von einer Leistung mehr geredet werden, welche erforderlich wäre, um den einen Deszendenten neben dem anderen an der Erbschaft teilnehmen zu lassen.

Erwähnt mag noch werden, daß nicht unbestritten ist, daß durch Nov. 118 die coll. eman. beseitigt ist. Dieser Ansicht sind Windscheid, III, § 609, Anm. 10; Vering, S. 653; Göschen, III, S. 469; Roßhirt, S. 430; Dernburg, III, § 140, S. 283; Sintenis, III, S. 518, Anm. 1; Fein, S. 138; Vangerow, II, § 515, S. 387 (letzterer aber nicht für die bon. poss. contra tabulas). Anderer Meinung sind: Francke, S. 225; Hunger, S. 514; Arndts, S. 823; Leist, 37/38, III, S. 279; Mayer, S. 368.

ändern sich mit der Umgestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Bedürfnisse auch die Rechtsanschauungen in gewissen Punkten. Betrachtet man z. B. den Gegenstand der Kollation einst und jetzt, so ist nicht zu verkennen, daß die Verschiebung der Ansichten über Ausstattung und Versorgung, sowie über Erwerbsfähigkeit[2]) der Kinder zur Änderung des Gegenstandes der Ausgleichung mit beigetragen haben.

---

[2]) Auch hier kann, wie in Anm. 1, das römische Recht als schlagendes Beispiel dafür dienen, wie mit der Zeit die Änderung der Ansichten über wirtschaftliche Thätigkeit und Erwerbsfähigkeit der Kinder eine Verschiebung der Kollationslehre im Gefolge gehabt hat. Der Grund der coll. emancip. war, wie in Anm. 1 ausgeführt ist, die Beseitigung der Benachteiligung, die den für sich erwerbsunfähigen sui durch das Miterben der erwerbsfähigen emancipati erwuchs. Dieser Grund mußte immer mehr in Wegfall geraten, je mehr sich die Erwerbsfähigkeit der sui entwickelte. Den sui wurden zuerst die peculia castrensia und quasi castrensia, später die bona materna und schließlich alles, was nicht ex re patris kam, zum Eigentum überwiesen. Hiermit wurden die sui den emancipati hinsichtlich der Erwerbsfähigkeit gleichgestellt. Es riefen mithin die emancipati durch ihr Miterben keinen Nachteil der sui mehr hervor. Es war daher auch der Grund, der sie zur Kollation ihres Erwerbes getrieben hatte, in sich selbst zusammengesunken. Infolgedessen wurde die Kollation dahin umgebildet, daß die emancipati nur das, was sie, falls sie sui geblieben wären, ihrem Vater erworben hätten, konferieren mußten. Man sieht also, wie die Verschiebung der Ansichten auf wirtschaftlichem Gebiet nicht ohne Einfluß auf die Kollationslehre gewesen ist; denn die verschiedene wirtschaftliche Auffassung führte zunächst eine andere rechtliche Gestaltung der Erwerbsfähigkeit der Hauskinder herbei, auf der ihrerseits dann das Absterben der alten und das Aufkommen der neuen Kollation beruhte.

I. Kapitel.

Arten der Ausgleichung.

§ 2.

Standpunkt des B. G.-B.

Das B. G.-B. unterscheidet sich in der rechtlichen Gestaltung der Ausgleichungslehre von den bisherigen Rechten in mancherlei Hinsicht. Es schließt sich mehr den Ideen des deutschen als denen des römischen Rechts an und zwar umfassender und konsequenter, als das preußische Landrecht und das österreichische Gesetzbuch, die auch auf deutschrechtlichem Boden stehen, während das sächsische Gesetzbuch mehr römisch-rechtliche Grundsätze enthält. Dieser Vorzug ist dem B. G.-B., auch dem ersten Entwurf gegenüber, nachzurühmen, welcher eine wesentliche Verbesserung in formeller und inhaltlicher Hinsicht erfahren hat.

Zu weit gegangen wäre es, wenn man sagen wollte, daß das B. G.-B. vollständig von dem römischen Vorbild der Kollation abgewichen sei.

Das Hinneigen des B. G.-B. zu deutschrechtlichen Ideen zeigt sich unter Anderem in der Auffassung des Auszugleichenden als eines Voraus bezw. Vorausempfanges auf den künftigen Erbteil[3]), ferner in dem Verfahren zur Feststellung des zur Ausgleichung zu Bringenden, das im Sachsenspiegel seinen Ursprung hat, sodann in der Einführung der Ideal- oder Wertkollation als Art und Weise des Ausgleichungsvollzuges und endlich in der Behandlung der Ausgleichungspflicht.

An dieser Stelle soll hiermit über diesen Punkt genug gesagt sein, da bei der genaueren Darstellung der Subjekte, Objekte, Art und Weise der Durchführung der Ausgleichung noch näher der Standpunkt des B. G.-B. beleuchtet werden wird und

[3]) Vergleiche Endemann, III, § 112, S. 493; Böhm, 1. Aufl., § 408, S. 240; Schiffner, § 25, S. 103; Pfizer, S. 486.

somit bei einer weiteren Ausführung an dieser Stelle Wiederholungen sich ergeben würden.

§ 3.
Die gesetzliche Ausgleichung.

Hinsichtlich der Arten der Ausgleichung ist zu unterscheiden zwischen gesetzlicher und gewillkürter Ausgleichung.

Unter gewillkürter Ausgleichung versteht man die auf den erklärten Willen des Erblassers hin erfolgende Ausgleichung von Zuwendungen, die sonst nicht dieser Pflicht unterliegen; unter gesetzlicher die mangels einer solchen Willenserklärung des Erblassers kraft Gesetzes eintretende Ausgleichung. Die Ausdrucksweise der Motive V, S. 699, „ohne daß dieser Wille in der Form einer Verfügung von Todeswegen erklärt zu sein braucht", erscheint zu eng, da eine solche Willenserklärung auch in anderer Form erfolgen kann.

§ 4.
Das Leitmotiv der gesetzlichen Ausgleichung ist die Gleichstellung aller Kinder hinsichtlich gewisser Vorempfänge.

Die Vorschriften über die gesetzliche Ausgleichung beruhen auf der Annahme eines präsumtiven Willens des Erblassers, alle seine Abkömmlinge in möglichst gleicher Weise an seinem Vermögen teilnehmen zu lassen und keines vor dem anderen durch Vorausempfänge bevorzugen zu wollen. Zu der Annahme eines solchen präsumtiven Willen des Erblassers berechtigt das nahe Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Dieser Stellung der Eltern zu ihren Kindern nun entspricht es, daß die Eltern alle ihre Kinder in gleicher Weise an ihrem Vermögen beteiligen und keins derselben bevorzugen. Dieser gleichen Behandlung sämtlicher Kinder als Motiv die gleichmäßige Liebe der Eltern zu allen ihren Kindern zu Grunde zu legen, dürfte zwar in der Mehrzahl der Fälle zutreffend sein,[4]) da fast immer den Eltern das eine ihrer Kinder ebenso lieb ist wie das andere, jedoch muß in den Fällen, in welchen trotz der Vorliebe für ein Kind die Eltern sämtlichen Kindern gleiche Behandlung zu teil werden lassen, ein anderer Grund dafür als vorhanden angenommen werden als wie die gleiche Liebe. Gehen wir nun von

4) Überhaupt als Grundlage der Kollation aufgefaßt von Mommsen, S. 320; Köppen, I, S. 248.

diesem Fall, der nach der Erfahrung des täglichen Lebens nicht selten ist, aus, so gelangen wir zu dem Punkte, der als Grund für die gleiche Behandlung aller Kinder entscheidend anzusehen ist, daß nämlich Eltern, die sich ihrer Pflichten gegenüber den ihnen von Gott anvertrauten Kindern bewußt sind, sich die gerechte Gleichbehandlung aller Kinder auch in vermögensrechtlicher Hinsicht zur moralischen Pflicht, zum Gesetz machen. Mit einem solchen nach Gleichheit strebenden Gerechtigkeitsgefühl würde es aber nicht im Einklang stehen, wenn gewisse Zuwendungen, welche Kinder zu Lebzeiten des Erblassers von diesem erhalten haben, bei der Erbteilung nicht berücksichtigt würden. Nach dem soeben Ausgeführten würde es also dem Willen der Eltern entsprechen, derartige Bevorzugungen zu beseitigen und Gleichstellung zwischen allen Kindern herzustellen. Es ist in Folge dessen selbst in den Fällen, in welchen eine besondere Vorliebe der Eltern für ein Kind vorliegt, ein auf möglichste Gleichstellung aller Kinder gerichteter Wille des Erblassers als bestehend vorauszusetzen.

Auf einen solchen präsumtiven Willen des Erblassers weisen deutlich die Motive V hin; so z. B. wird S. 699, 702, 709 von dem „anzunehmenden Willen des Erblassers", S. 378 von dem „von dem Gesetze durch Bestimmung der Ausgleichungspflicht zur Wirksamkeit gebrachten Willen des Erblassers" gesprochen, ferner S. 699 Ergänzung des Willens des Erblassers durch das Gesetz hervorgehoben. Auch die Denkschrift S. 279 ff. äußert sich wiederholt in diesem Sinne. Sogar das Gesetz selbst weist an einigen Stellen auf einen anzunehmenden Willen des Erblassers hin, so z. B. § 2051, 2052, nach denen „im Zweifel" ein solcher erblasserischer Wille „anzunehmen" ist.

§ 5.

Dispositiver Charakter der Gesetzesbestimmungen; im Besonderen die Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichungspflicht zu erlassen.

Gemäß eines angenommenen Willens des Erblassers als Grund der Ausgleichung sind auch die Bestimmungen des B. G.-B. über die Ausgleichungslehre äußerst dispositiv gehalten. Der Wille des Erblassers ist das Entscheidende, es greifen daher auch die Gesetzesbestimmungen nur dann Platz, „sofern nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein Anderes angeordnet hat", wie sich das B. G.-B. § 2050 Abs. 1 und 3

ausdrückt. So hat ganz besonders die Ausgleichung nicht gegen den erklärten Willen des Erblassers zu erfolgen, da alsdann ein ausgesprochener Wille des Erblassers die Zuwendung unbeschränkt dem Kinde zu überlassen, also auch die Ausgleichung auszuschließen, vorhanden ist und somit der Grund der gesetzlichen Ausgleichung, einen nur zu präsumierenden Willen des Erblassers zu verwirklichen durch die ausdrückliche Hervorhebung des Gegenteils dieses anzunehmenden Willens seitens des Erblassers hinfällig wird.

An eine besondere Form ist eine derartige Willensäußerung des Erblassers nicht gebunden,[5]) sogar dann nicht, wenn für das Zuwendungsgeschäft eine besondere Form vorgeschrieben ist; wie dies z. B. bei Grundstücken der Fall ist. Diese Formlosigkeit der Erklärung ergiebt sich daraus, daß die Erklärung über den Ausschluß der Ausgleichung mit dem Zuwendungsakt gar nicht im Zusammenhang steht und ohne jeglichen Einfluß auf das Zuwendungsgeschäft ist. Für die Formfreiheit des Ausgleichungserlasses spricht ferner der Umstand, daß hierdurch eine Widerlegung des nur präsumierten Willen des Erblassers stattfindet. Bewirkt ein nur vermuteter Wille des Erblassers die Ausgleichung, so muß dieselbe in Fortfall kommen, falls der Gegenbeweis dieses voraussätzlichen erblasserischen Willens erbracht wird. In welcher Form sich nun die Absicht des Erblassers, die Ausgleichung solle nicht erfolgen, äußert, muß daher belanglos sein.

Eine solche Erlaßerklärung kann daher vollgültig auch mündlich erfolgen. Selbst stillschweigend kann der Erlaß getroffen werden, vorausgesetzt, daß sich aus den schlüssigen Thatsachen eine Anordnung des Erblassers (2050 I a. E.) entnehmen läßt.[6]) Insbesondere wird man bei letztwilligen Ver-

---

5) Motive, V, S. 703.

6) Der Erblasser giebt z. B. seiner jüngsten Tochter bei deren Verheiratung eine Aussteuer von 10 000; alle anderen Kinder, denen er weder eine Ausstattung noch andere der Ausgleichung unterliegende Gaben zugewendet hat, bedenkt er am Hochzeitstage der jüngsten Tochter mit Geschenken von je 10 000. Es zeigt ich hierbei deutlich, daß der Erblasser diese Geschenke den anderen Kindern als Äquivalent der Aussteuer der jüngsten Tochter gemacht hat. Würde Letztere die Aussteuer zur Ausgleichung bringen müssen, so hätten die übrigen Kinder die 10 000 ihr gegenüber im Voraus. Dies lag aber keineswegs in der Absicht des Erblassers; er wollte vielmehr mit der Schenkung der 10 000 eine Gleichstellung hinsichtlich der Ausstattung der Tochter unter seinen Kindern schon unter Lebenden ausführen. Diese wird aber nur realisierbar,

fügungen den Gesamtinhalt zu prüfen haben, ob ein Erlaß der Ausgleichung, der ja nicht ausdrücklich hervorgehoben werden muß, vorliegt oder nicht.

Über den Zeitpunkt, wann der Erblasser die Ausgleichung erlassen resp. ausschließen kann, trifft das B. G.-B. keine besonderen Anordnungen, es erwähnt nur in dieser Hinsicht im 1. Absatz des § 2050 Anordnung bei der Zuwendung. Pfizer S. 483/484 schließt sich eng an die Worte des Gesetzes an und läßt nur dann eine Befreiung von der Ausgleichungspflicht von Erfolg begleitet sein, wenn dieselbe sofort bei der Zuwendung erklärt worden ist. Allen nachträglichen Bestimmungen des Erblassers in dieser Beziehung spricht er jede Wirksamkeit ab.

Pfizer dürfte hierin etwas zu weit gegangen sein. Zuzustimmen ist ihm nur insoweit, als er sonstigen Annordnungen des Erblassers unter Lebenden, die nicht „bei der Zuwendung" den Erlaß der Ausgleichungspflicht aussprechen, keine Wirksamkeit beimißt. Zu widersprechen ist ihm jedoch, wenn er auch Bestimmungen hinsichtlich des Erlasses der Ausgleichungspflicht, die in Verfügungen von Todeswegen oder in Form derselben seitens des Erblassers ergehen, für unwirksam erklärt.

Den Erlaß der Ausgleichung in letztwilligen Verfügungen oder in Form derselben mit Erfolg anordnen zu können[7]) ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen. Die letztwillige Verfügung ist die übliche und gegebene Form, in der ein Vater

---

falls die Ausgleichung nicht stattfindet. Mithin ist in diesen Schenkungen eine Anordnung, die Ausgleichung solle unterbleiben, zu erblicken. Die Ausgleichung der Aussteuer darf also in diesem Fall nicht erfolgen, da der Wille des Erblassers hinsichtlich dieser die Ausgleichung zu erlassen, aus dem Ebengesagten deutlich hervorgeht.

Als weiteres Beispiel ließe sich die Anordnung eines Vorausvermächtnisses anführen, die ausgesprochenermaßen zwecks Ausgleichung einer Ausstattung erfolgt ist. Hierin ist sicherlich der Erlaß der gesetzlichen Ausgleichungspflicht zu sehen, da der Erblasser durch das Vorausvermächtnis die Ungleichheit hinsichtlich der Ausstattung beseitigt hat; also ein Grund mehr für das Eingreifen der gesetzlichen Ausgleichung vorliegt. Andere Vorausvermächtnisse, die dem ausgleichungspflichtigen Abkömmling auferlegt sind, aber ohne Hervorhebung, daß sie zwecks Ausgleichung einer Zuwendung erfolgt sind, berühren die Ausgleichungspflicht nicht.

[7]) Hiermit stimmen überein Endemann, III, § 112, S. 493; Strube, § 222, S. 364; v. Roth, III$_2$, § 404, S. 233; Böhm, § 79, S. 296; Mattiaß, II, § 168, S. 469; Scherer, S. 159, Nr. 183; Strohal, S. 81; Plank, Lief. 9, S. 206; B. G.-B. von Wilke, Reatz etc., V, S. 112.

sein Vermögen unter seine Abkömmlinge verteilt. Seine Verfügungsfähigkeit ist eine völlig freie, nur durch das Pflichtteilsrecht beschränkte. Dieser Verfügungsfreiheit des Erblassers entspricht es, ihm auch hinsichtlich der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen, die er seinen Kindern zu seinen Lebzeiten gemacht hat, die Fähigkeit zuzusprechen, diese von der Ausgleichungspflicht zu befreien. Der Erblasser kann den Erwerb der Erbschaft von bestimmten Bedingungen abhängig machen, die Erbteile der einzelnen Erben mit Auflagen und Vermächtnissen beschweren. Wie es dem Erblasser nun überlassen ist, seinen Erben Lasten und Pflichten aufzuerlegen, muß es ihm analog in gleicher Weise freistehen, gewisse auf einem Erben ruhende Lasten zu beseitigen, also auch die Ausgleichungspflicht zu erlassen. Für dieses Recht des Erblassers läßt sich ferner noch anführen, daß in dem Erlaß der Ausgleichungspflicht gewissermaßen eine letztwillige Regelung der Verteilung seines Vermögens zu erblicken ist, da ohne eine derartige Bestimmung des Erblassers die Zuwendung bei der Auseinandersetzung zur Ausgleichung gebracht werden müßte, jetzt aber der ausgleichungspflichtige Abkömmling durch die letztwillige Verfügung um den Betrag seiner Zuwendung im Vorteil ist. Das Verhältnis desjenigen, was den Abkömmlingen bei der Auseinandersetzung zukommt, stellt sich wesentlich anders, wenn der Erblasser die Ausgleichung einer Zuwendung ausschließt, als wenn diese Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen ist. Man kann daher wohl mit Recht sagen, daß durch den Erlaß der Ausgleichung der Erblasser gewissermaßen eine Anordnung über die Verteilung seines Nachlasses trifft. Verteilen kann aber der Erblasser seinen Nachlaß, wie es ihm beliebt, gemäß der obenerwähnten Verfügungsfreiheit, er muß daher auch letztwillig die Ausgleichung erlassen können, weil eine solche Bestimmung auch die Verteilung des Nachlasses betrifft.

Auf die Möglichkeit letztwillig die Ausgleichung zu erlassen kann schließlich auch aus § 2048 geschlossen werden. Dieser Paragraph gestattet nämlich dem Erblasser, Anordnungen für die Auseinandersetzung zu treffen. Die Ausgleichung erfolgt bei der Auseinandersetzung, folglich kann gemäß § 2048 hierüber der Erblasser Bestimmungen erlassen, somit auch die Ausgleichung ausschließen.

Eine noch ausgedehntere Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichungspflicht zu erlassen, scheinen Hachenburg S. 424

und Schiffner § 21 S. 91 annehmen zu wollen. Als Grund für seine Ansicht führt Ersterer an, daß anscheinend die Verbindung des Willens, die Ausgleichung auszuschließen, mit der Zuwendung selbst nicht essentiel sei. Letzterer[8]) folgert dies aus dem dispositiven Charakter der Ausgleichungsbestimmungen. Beide erklären infolgedessen auch spätere, nach der Zuwendung erfolgende Anordnungen des Erblassers zu dessen Lebzeiten, welche den Erlaß der Ausgleichungspflicht bezwecken, für wirksam.[9])

Diese Ansicht hat im Hinblick auf die Annahme eines präsumtiven Willens des Erblassers als des Grundes der Ausgleichung viel für sich. Dieselbe würde auch hierseits als die richtige verteidigt werden, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich in § 2050_1 hervorheben würde, daß nur eine „bei der Zuwendung" ergangene Anordnung des Erblassers von der Ausgleichungspflicht befreien könne. Vergegenwärtigt man sich, daß die Ausgleichung auf dem präsumtiven Willen des Erblassers beruht und nur dazu dient, diesen Willen zu verwirklichen resp. zu ergänzen oder nachzuhelfen — wie die Motive sagen —, so muß zur Beseitigung der Ausgleichungspflicht hinreichen, wenn überhaupt ein erblasserischer Wille festgestellt werden kann, der diesem nur präsumtiven Willen widerspricht und die entgegengesetzte Absicht des Erblassers klarlegt. Ein ausgesprochener oder anderweitig in Erscheinung getretener Wille muß nun einmal mehr Geltung besitzen, als ein nur vermuteter.[10])

Das B. G.-B. hat jedoch diese Meinung, wie aus dem Wortlaut des § 2050_1 hervorgeht, nicht zu der seinigen gemacht.

Faßt man noch einmal zusammen, so kann der Erblasser sofort bei der Zuwendung die Ausgleichung erlassen und zwar in diesem Fall völlig formfrei. Spätere Erklärungen des Erblassers in diesem Sinne sind wirkungslos, ausgenommen die in letztwilligen Verfügungen, in denen jedoch auch nicht ausdrücklich der Erlaß hervorgehoben werden muß.

---

[8]) Schiffner scheint diese Ansicht nur für den Erlaß der Ausgleichung, nicht aber für Anordnungen gemäß § 2050_3 aufrecht zu erhalten; vgl. Schiffner, § 25, Anm. 27, 28.

[9]) Mommsen, § 298, S. 329, giebt sich mit jeder Erklärung des Erblassers, welche einen Erlaß der Ausgleichung enthält, zufrieden. Unger, § 45, Anm. 7, ebenso für das österreichische Recht.

[10]) Derselben Meinung scheinen die Motive, V, S. 703, Absa z 5, zu sein.

Will der Erblasser nach der Zuwendung noch zu seinen Lebzeiten die Ausgleichungspflicht gültig erlassen, ohne eine letztwillige Verfügung über sein Vermögen zu treffen, so muß er über den Erlaß mit dem Abkömmling einen Vertrag schließen. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages dürfte von keiner Seite mit Rücksicht auf die allgemeine Freiheit der Vertragsschließung geleugnet werden.

Zweifeln kann die Entscheidung der Frage unterliegen: ob eine die Ausgleichung ausschließende Erklärung des Erblassers durch eine spätere Erklärung unter Lebenden widerrufen werden kann. Für die Bejahung dieser Frage spricht der Umstand, daß durch den Widerruf des Erblassers nicht erst die Ausgleichungspflicht des Abkömmlings begründet wird. Diese Erklärung ist nicht als eine die Ausgleichung anordnende anzusehen, vielmehr tritt durch den Widerruf nur der präsumtive Wille des Erblassers, den die Erlaßerklärung beseitigt hatte, wieder in seine Rechte. Für die Verneinung der Frage läßt sich geltend machen, daß der Widerruf wie eine die Ausgleichungspflicht gemäß § 2050_3 begründende erblasserische Anordnung wirkt und infolgedessen auch die Bestimmungen, wann und in welcher Form der Erblasser die Ausgleichung einer sonst nicht ausgleichungspflichtigen Gabe anzuordnen im stande ist, analog für den Widerruf Anwendung finden müssen. Da derartige Festsetzungen der Erblasser nur bei der Zuwendung oder in letztwilligen Verfügungen wirksam treffen kann (vergl. unten § 27), ist der Widerruf analog auf die letztwillige Verfügung beschränkt, da es ja in der Natur der Sache liegt, daß sofort bei der Zuwendung nicht der Widerruf der Erlaßerklärung erfolgen wird. Für die Möglichkeit eines Widerrufs in letztwilligen Verfügungen fällt übrigens die allgemeine Verfügungsfreiheit des Erblassers und das darüber S. 10 Gesagte ins Gewicht.

Die Ausgleichung ausschließen zu dürfen, gestatten sämtliche Rechte dem Erblasser; jedoch bestehen hinsichtlich der Form, in der dies zu geschehen hat, Unterschiede in den verschiedenen Rechten. Im gemeinen Recht genügt der herrschenden Ansicht[11]) nach jede unzweideutige Äußerung des Willens des

11) Windscheid, III, § 610, Anm. 9; Leist, 37/38, III, § 1614, S. 482, 486; Dernburg, III, § 141, S. 287, Anm. 20; Fein, § 67, S. 395, 400; Sintenis, III, § 189, S. 522, Anm. 12, 13; Arndts, R.-B., S. 832, P. § 528, S. 793; Wächter, § 307, S. 778; Seuffert, II, 73, X, 69, XXXI, 153, 347; Holzschuher, II, § 89,

Erblassers, daß das Kind die Zuwendung im voraus besitzen solle. Bezüglich der Form einer solchen Erklärung entscheidet sich die herrschende Meinung für völlige Formfreiheit. Das preußische Landrecht gestattet in Teil II, Tit. 2, § 384 den Erlaß der Einwerfung. Derselbe ist an die in § 383 bestimmten Formen des Testaments oder der privilegierten Dispositionen unter Kindern gebunden. Im übrigen ist eine die Einwerfung ausschließende Willenserklärung nur sofort bei der Zuwendung zulässig. An bestimmte Formen ist eine solche Anordnung nicht geknüpft; spätere derartige Bestimmungen unter Lebenden sind ohne Wirkung.[12]) Einen ausdrücklichen Erlaß erfordert das österreichische G. B. § 792, jedoch kann diese ausdrückliche Erklärung sofort bei der Zuwendung oder in beliebiger Form auch späterhin stattfinden.[13]) Nach sächsischem Recht § 2369 steht dem Erblasser völlige Freiheit hinsichtlich des Erlasses der Einwerfung zu; er ist weder an eine Form gebunden noch hat er diesen Willen ausdrücklich zu erklären. Letzteres Erfordernis stellt auch der hessische Entwurf auf Abt. III, Art. 329, 325. Derselbe giebt auch Beschränkungen hinsichtlich des Zeitpunktes, wann dies geschehen kann, indem er die Vorschriften über die Anordnung der Anrechnung seitens des Erblassers Art. 325 auch bei dem Erlaß derselben Anwendung finden läßt. Demnach hat der Erlaß gleich bei dem Rechtsgeschäft, durch welches die Gabe zugewendet wird oder später in dem letzten Willen zu geschehen. Das bayrische Landrecht III Kap. 1, § 15, Nr. 16 schließt sich dem gemeinen Recht an und

No. 11; Köppen, § 41, S. 261 fassen die Worte „expressim, designaverit", um die sich der ganze Streit dreht, den Erfordernissen des Lebens entsprechend so auf, daß jeder unzweideutig darauf hinweisende Wille des Erblassers zur Ausschließung der Kollation genügt, mag dieser Wille nun ein ausdrücklich erklärter oder ein aus konkludenten Handlungen oder sonstwie klar sich ergebender sein. Göschen, III, § 969, S. 479; Hunger, § 159, S. 519, verlangen eine ausdrückliche Erklärung. Maier, § 128, S. 384, No. 1, fordert die Form einer letztwilligen Verfügung. Francke, S. 247, Anm. 84, stimmt der herrschenden Ansicht bezüglich der Testamentserbfolge zu; bei der Intestaterbfolge will er bestimmte Formen gewahrt wissen.

[12]) Dernburg, III, § 242, S. 717; Gruchot, III, S. 94/95; Förster, Eccius IV, § 274, S. 605.

[13]) Unger, § 45, Anm. 7; Zöller, II, S. 819; Stubenrauch, S. 747, fordern für solche Erklärungen Testamentsform. Selbst wenn der Erblasser die Ausgleichung ausdrücklich erlassen hat, findet dieselbe gemäß § 792 statt, falls die Erbmasse nicht zur Erziehung und Versorgung der unausgestatteten Kinder ausreicht.

verlangt weder eine besondere Form noch eine ausdrückliche Erklärung. Der code civil und mit ihm das Badische Landrecht §§ 843, 844 setzen ausdrückliche Erklärungen für die Befreiung vom Rückbringen fest. Art. 919 enthält eine Bestimmung über die Form, in der dies zu geschehen hat. Nach diesem Paragraph kann eine solche Befreiung in der Urkunde, welche die Schenkung oder das Vermächtnis enthält, erteilt werden; aber auch später ist dies noch möglich, wenn es in Urkunden, die der Form einer Schenkung oder eines Testaments entsprechen, erfolgt.[14])

§ 6.

Eine Beschränkung der Erlaßfähigkeit des Erblassers besteht nicht hinsichtlich der Zuwendungen des Abs. 2 von § 2050.

Eine Ausnahme bezüglich der Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichung zu erlassen, will Schiffner § 21, S. 91 und mit ihm Mattiaß II § 168, S. 469 hinsichtlich der nach § 2050_2 zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen machen. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an

1. die Fassung des § 2050,
2. § 792 österr. G.-B., der dem B. G.-B. vorgeschwebt haben soll,
3. den Umstand, daß dadurch § 2316_3 begreiflich wird.

Was den ersten Grund Schiffners betrifft, so kann diesem nicht zugegeben werden, daß aus der Fassung des § 2050 auf einen Ausschluß der erblasserischen Erlaßfähigkeit der Ausgleichung im Falle des Abs. 2 geschlossen werden kann. Es soll nicht bestritten werden, daß die Anordnung des § 2050 geeignet zu sein scheint, einen solchen Schluß zuzulassen. Der erste Absatz spricht nämlich von der Möglichkeit einer besonderen Anordnung des Erblassers, der dritte Absatz von der Notwendigkeit einer solchen, der zweite aber schweigt gänzlich von Anordnungen des Erblassers. Es kann daher aus dieser Gegenüberstellung des zweiten Absatzes gegen den dritten und ersten gefolgert werden, daß der zweite Absatz eine besondere Bestimmung des Erblassers nicht hervorhebt, weil eine solche ausgeschlossen sein soll. Allein der gesamte innere Zusammenhang der beiden ersten Absätze führt doch zu einem anderen

14) Anschütz, IV, § 633, S. 149.

Resultat. Ein kurzer Blick auf das Verhältnis der beiden Absätze zu einander wird dies deutlich zeigen.

Während der I. Entwurf bei der Festsetzung der Objekte der Ausgleichung dieselben durch eingehende Bestimmung festgelegt, aber kein besonderes Merkmal, worunter sich die Objekte zusammenfassen lassen, gegeben hat, wurde von der zweiten Kommission der Begriff der Ausstattung als für die Gegenstände der Ausgleichung maßgebend aufgestellt (Protokoll S. 890). Dies ist beibehalten worden und es findet sich demgemäß in Absatz 1 des § 2050 als Hauptregel über die Objekte der Ausgleichung, daß dasjenige, was Abkömmlinge von ihrem Erblasser zu dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, der Ausgleichungspflicht unterliegt. Abs. 2 ist als eine Beschränkung dieser allgemeinen Regel anzusehen. Es handelt sich hierin um Zuschüsse, die zu dem Zweck gegeben sind, um als Einkünfte verwendet zu werden, und um Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf. Diese Objekte sollen insofern zur Ausgleichung zu bringen sein, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überschreiten. Es fragt sich nun, ob diese Zuschüsse und Aufwendungen unter den Begriff der Ausstattung des § 1624 fallen. Die zweite Kommission hat sich mit der Entscheidung dieser Frage nicht beschäftigt. (Prot. S. 890.) Diese Frage ist zu bejahen,[15]) denn diese Zuwendungen entsprechen den Voraussetzungen des § 1624. Der Umstand, daß diese Zuschüsse zu dem Zweck gegeben werden, um als Einkünfte verwandt zu werden, kann nicht den Verlust des Charakters der Ausstattung der Zuschüsse bewirken. Auch steht mit der Begriffsbestimmung des § 1624 nicht im Widerspruch, daß die Aufwendungen zur Ausbildung für einen Beruf gemacht werden; es ist dies vielmehr ganz im Sinne des § 1624 gesagt, da diese Aufwendungen ja mit Rücksicht auf Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung derselben erfolgt sind, die Vorbildung zu einem Beruf aber zur Begründung einer Lebensstellung geschieht. Faßt man nun diese Zuschüsse und Aufwendungen als unter den Begriff der Ausstattung fallend auf,[16]) so läßt sich das Verhältnis der Absätze 1 und 2 dahin bestimmen, daß Abs. 1 die Regel und

---

[15]) Näheres hierüber unten § 26.

[16]) Derselben Ansicht sind Fromhold, S. 98; Endemann, III, § 131, S. 598, Anm. 23; Küntzel bei Gruchot 41, S. 630, No. 20.

Abs. 2 eine Beschränkung dieser Regel enthält. Abs. 2 will sagen, daß, wenn die als Ausstattung gewährten Zuwendungen in Zuschüssen oder Aufwendungen etc. bestehen, diese nur insofern der Ausgleichungspflicht unterliegen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß übersteigen. Die in Abs. 1 aufgestellte allgemeine Regel, daß die Ausstattung immer zur Ausgleichung zu bringen sei, wird also in Abs. 2 dahin durchbrochen, daß, falls die Ausstattung nur durch Zuwendungen der in Abs. 2 erwähnten Art erfolgt, diese nur unter bestimmter Voraussetzung zur Ausgleichung zu bringen sind.

Ist nun Absatz 2 eine Beschränkung der in Absatz 1 aufgestellten Regel, so muß die für diese Hauptregel ausgesprochene Einschränkung der Ausgleichung, diese durch Anordnungen des Erblassers ausschließen zu können, notwendigerweise auch für die Beschränkung der Regel Geltung haben. Denn was für die Regel gilt, ist natürlich für die Beschränkung der Regel maßgebend, ohne daß es eines nochmaligen Daraufhinweises bedarf. Es muß also die in Abs. 1 enthaltenene Begrenzung der Ausgleichung, dieselbe solle nicht gegen den Willen des Erblassers stattfinden, als stillschweigend wiederholt in Abs. 2 angesehen werden.

Es zeigt sich also hieraus, daß aus der Fassung des § 2050 nicht auf den Ausschluß der Fähigkeit des Erblassers die Ausgleichung erlassen zu können, hinsichtlich des Absatzes 2 geschlossen werden kann.

Auch daß das österreichische Gesetzbuch in § 792[17]) gelegentlich eines ähnlichen Falles sich über den Erlaß der Ausgleichung seitens des Erblassers hinweggesetzt hat, kann uns nicht zur Ansicht Schiffners bewegen. Abgesehen davon, daß von einer Ähnlichkeit der Fälle des § 792 österr. G.-B. und § 2050_2 B. G.-B. nur in geringem Maße geredet werden kann, scheint dieser Paragraph vielmehr die hier vertretene Meinung zu bestätigen. § 792 kennzeichnet nämlich ganz genau die

17) § 792 lautet: „Die Eltern können einem Kinde auch bei der gesetzlichen Erbfolge die Anrechnung ausdrücklich erlassen. Wenn aber die nötige Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem eigenen noch aus dem Vermögen der Eltern bestritten werden kann, so muß das Kind dasjenige, was es zu den in § 788 enthaltenen Zwecken im voraus empfangen hat, sich in dem Maß anrechnen lassen, als es zur Erziehung und Versorgung der Geschwister notwendig ist".

Lage des Falles, in dem eine Erlaßfähigkeit des Erblassers ausgeschlossen sein soll, während bei § 2050_2 nur das Schweigen des Gesetzes hinsichtlich einer die Ausgleichung ausschließenden Anordnung des Erblassers, die Unstatthaftigkeit einer solchen Bestimmung überhaupt, hervorgehen soll. Der Ausschluß einer derartigen Anordnung bei § 2050_2 würde dem dispositiven Charakter, den die Vorschriften über die Ausgleichung besitzen, widersprechen; es würde mit dem Prinzip, das der ganzen Lehre zu Grunde liegt, ein anzunehmender Wille des Erblassers verlange die Ausgleichung, nicht in Einklang zu bringen sein, wenn der erklärte Wille des Erblassers nicht von der Ausgleichungspflicht befreien könnte. Soll nun ein solches Abweichen von den Grundprinzipien der Lehre stattfinden, so muß dies auch dementsprechend im Gesetz besonders und deutlich hervorgehoben werden. Das bloße Schweigen des Gesetzes kann bei einem solchen Abbiegen von den Grundsätzen der Ausgleichungslehre sicher nicht genügen. Das österreichische G.-B. charakterisiert ja auch ganz genau den Fall des Ausschlusses des Ausgleichungserlasses und hebt diesen Ausschluß klar hervor. Hätte das B. G.-B. eine Beschränkung der erblasserischen Erlaßfähigkeit für bestimmte Fälle eintreten lassen wollen, so würde es in gleichdeutlicher Weise verfahren müssen.

Der dritte Grund[18]) endlich wird mit den Erwägungen, die bei Besprechung des ersten Grundes angestellt worden sind, hinfällig. Erachtet man nämlich Abs. 2 § 2050 nur als Beschränkung der Regel des Abs. 1, so muß § 2316_3, der nur den ersten Absatz des § 2050 anführt, auch auf den zweiten Absatz Anwendung finden, da das, was für die Regel gilt, auch

---

[18]) Schiffner, § 21, S. 92 meint, daß § 2316_3 allein dadurch begreiflich werde, wenn man die Unmöglichkeit, die Ausgleichung bei Zuwendungen des § 2050_2 auszuschließen, annehme. Nach § 2316_3 könne der Erblasser nur Zuwendungen der in § 2050_1 bezeichneten Art nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen. Grade die unverhältnismäßigen Gaben des 2. Absatzes seien für den Pflichtteilsberechtigten empfindlich. Da § 2316_3 nur die Zuwendungen des Abs. 1 erwähnt, könne der Erblasser die Gaben des Abs. 2 zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen. Eine solche dem Pflichtteilsrecht widersprechende Gesetzesbestimmung wäre inkonsequent. Dadurch, daß Zuwendungen des Abs. 2 überhaupt nicht von der Ausgleichungspflicht durch den Erblasser befreit werden könnten, erkläre sich sich die Beschränkung des § 2316_3 auf Abs. 1 § 2050, da ja Gaben des Abs. 2 stets ausgleichungspflichtig seien, daher auch immer bei der Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt werden müßten.

für die Beschränkung in Abs. 2 angewendet werden muß. Es ermöglicht sich also auch auf diese Weise ein Verständnis des § 2316_3. Übrigens fällt dieser Grund Schiffners: „nur dadurch, daß der Erblasser Zuwendungen der in Abs. 2 § 2050 bezeichneten Art überhaupt nicht von der Ausgleichungspflicht befreien könne, ermögliche sich das Verständnis des § 2316_3" mit einem Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 2050. Während die erste Kommission die Ausgleichungsobjekte in § 2158 spezialisierend angeführt hatte, weil sie den in § 1500 nach hier nicht zutreffenden Grundsätzen festgesetzten Ausdruck „Ausstattung" nicht verwerten konnte, hat die 2. Kommission die neue Begriffsbestimmung der Ausstattung verwendet und demgemäß festgesetzt (Prot. S. 8514):

„Erben Abkömmlinge als gesetzliche Erben, so sind sie verpflichtet dasjenige, was sie von dem Erblasser zu dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, unter einander zur Ausgleichung zu bringen, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bei der Zuwendung angeordnet hat. Für Zuschüsse, die zu dem Zweck gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie für Aufwendungen des Erblassers zum Zwecke der Vorbildung des Abkömmlings zu einem Berufe gilt dies nur insoweit, als diese Zuwendungen das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben."

Der jetzige Absatz 2 bildete also den 2. Satz des ganzen ersten Absatzes. In dieser Form lag der Paragraph vor, als § 2316 beraten und angenommen wurde. Die in Abs. 3 genommene Beziehung auf § 2050 Abs. 1 umfaßte daher auch den letzten Satz, den jetzigen Absatz 2, der von den Zuschüssen und Aufwendungen handelt. Erst später hat die Redaktionskommission den ersten Absatz in 2 Teile zerlegt und die jetzige Form des § $2050_{1,2}$ hergestellt, bei § 2316_3 aber keine hierauf bezügliche Änderung eintreten lassen. Eine solche wäre jedoch infolge der Teilung des Abs. 1 § 2050 notwendig gewesen, da § 2316_3 auf § 2050_1 Bezug nahm.

Auch die Vollkommission hat dieser Änderung bei § 2050 keine Erwähnung gethan und Abs. 3 § 2316 in seiner alten Form belassen. Man muß hierin ein Übersehen seitens der Redaktionskommission als vorliegend erachten, denn man kann wohl unmöglich annehmen, daß diese Kommission, indem sie die Bezugnahme auf § 2050_1 in § 2316_3 nicht änderte, eine neue Bestimmung hinsichtlich der Berücksichtigung der Aus-

gleichungsobjekte auf den Pflichtteil hat treffen wollen. Gerade die Möglichkeit Zuwendungen des § 2050_2 seitens des Erblassers von der Berücksichtigung hinsichtlich des Pflichtteils zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten ausschließen zu können, wäre von erheblicher Bedeutung für die Berechnung des Pflichtteils gewesen; es wäre eine Einführung einer solchen Bestimmung sicherlich durch die Kommission erwähnt worden. Die Redaktionskommission hat jedoch nichts über diesen Punkt geäußert; man dürfte daher nicht fehlgehen, wenn man annähme, daß die Teilung des § 2050_1 in 2 Absätze bei Besprechung des § 2316 übersehen worden ist. Ist dies aber der Fall, so bezieht sich § 2316_3 auf die beiden ersten Absätze des § 2050. Diese beiden Absätze lagen in einem zusammengefaßt vor, als § 2316 beraten wurde, mithin bezog sich die Bezugnahme des Abs. 3 auf den ganzen ersten Absatz des § 2050, er umfaßte also auch die Zuschüsse und Aufwendungen. Daran hat sich durch die Teilung des Abs. 1 § 2050 nichts geändert, weil durch ein Versehen eine darauf bezugnehmende Änderung des § 2316_3 unterblieben ist.

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 2050 zeigt sich, daß § 2316_3 auch auf die Zuwendungen des Abs. 2 § 2050 sich bezieht und aus diesem Grunde die Schwierigkeiten, die sich sonst für das Verständnis der Bestimmung aus dem Wortlaut des § 2316_3 ergeben würden, in Wegfall kommen.

Aber auch in anderer Hinsicht ist die Entstehungsgeschichte des § 2050 von Interesse. Es geht aus ihr hervor, daß die jetzigen beiden ersten Absätze früher einen einzigen gebildet haben. Aus dieser früheren Zusammenfassung der Absätze läßt sich der Schluß ziehen, daß der zweite Satz des Absatzes, der jetzige selbständige Absatz 2, gewissermaßen als Erklärung dem ersten Satz, als Einschränkung desselben, hinzugefügt war. Es muß daher die für den ersten Satz getroffene Anordnung, „soweit nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat", auch für den zweiten, den ersten gleichsam nur erläuternden Satz Geltung haben. Durch die spätere Teilung ist eine Änderung dieses Verhältnisses nicht eingetreten, da dieselbe nur aus redaktionellen Gründen erfolgt ist. Infolge dessen ist auch jetzt noch ein Erlaß der Ausgleichung der Zuwendungen des Absatz 2 möglich.

Für diese Ansicht und gegen die Meinung Schiffners spricht noch der Umstand, daß es eigentümlich wäre, wenn der Erb-

lasser, der bei Ausstattungen, auch falls sie über seine Vermögensverhältnisse gehen, die Ausgleichung erlassen kann, dies bei den in Abs. 2 genannten Zuwendungen nicht sollte thun können, die vom Gesetz doch offensichtlich vor anderen Zuwendungen begünstigt sind.

Aus allen diesen Erörterungen zeigt sich, daß die Gründe Schiffners nicht derart durchschlagend sind, um aus ihnen die Ansicht zu rechtfertigen: der Erblasser könne hinsichtlich der in Abs. 2 § 2050 erwähnten Gaben die Ausgleichung nicht erlassen. Dem Erblasser auch bezüglich dieser Zuwendungen die Erlaßfähigkeit zuzusprechen, ergiebt sich aus dem dispositiven Charakter der gesamten Bestimmungen der Ausgleichungslehre, aus der Entstehungsgeschichte des § 2050 und aus dem Verhältnis der Zuschüsse und Aufwendungen zur Ausstattung, was alles ja bei Besprechung der Gründe Schiffners behandelt worden ist. Schließlich fällt für diese Ansicht der Umstand, ins Gewicht, daß der Wille des Erblassers für die ganze Ausgleichungslehre das Entscheidende ist, ein vermuteter erblassischer Wille die Grundlage dieser Lehre bildet und der ausgesprochene Wille des Erblassers mehr Erfolg haben muß als ein nur angenommener. Aus allen diesen Gründen ist daher die hier vertretene Ansicht zur herrschenden in der Litteratur des B. G.-B. geworden; sie ist vertreten durch Endemann III § 112 S. 493 und § 131 S. 598 Anm. 23, Frommhold S. 98, Böhm 1. Aufl. § 65 S. 166, 2. Aufl. § 79 S. 296, Pfizer S. 484, Hachenburg S. 425, Plank 9. Lief. S. 205, Bendix IV § 109 S. 816, Märcker S. 306, Henle bei Fischer-Henle S. 914 zu § 2050 Anm. 6, Strohal § 25 S. 81, Cosack II § 390 S. 742, vergl. auch Anm. 11.

§ 7.

Beschränkung der Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichung erlassen zu können hinsichtlich des Pflichtteilsrechts.

Eine Beschränkung der Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichungspflicht ausschließen zu können, kann, wie eben auseinandergesetzt wurde, nicht hinsichtlich § 2050_2 zugegeben werden. Das Gesetz selbst hat jedoch in anderer Richtung dieser Fähigkeit des Erblassers gewisse Grenzen gezogen. § $2316_{1,3}$ verordnet nämlich, daß beim Vorhandensein mehrerer Abkömmlinge Zuwendungen, die unter diesen im Fall der gesetzlichen

Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würden, vom Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden können; d. h. der Erlaß der Ausgleichungspflicht ist unter diesen Voraussetzungen nur insoweit gültig, als damit eine Schädigung eines Pflichtteilsberechtigten in seinem Pflichtteil nicht hervorgerufen wird.

Im allgemeinen bestimmt sich der Pflichtteil als die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Diese in § 2303_1 über die Berechnung des Pflichtteils aufgestellte Regel wird in § 2316_1 näher erläutert. Beim Vorhandensein mehrerer Abkömmlinge nämlich wird, wenn es sich um Zuwendungen handelt, die im Fall gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen wären, als gesetzlicher Erbteil für die Berechnung des Pflichtteils derjenige als maßgebend angenommen, der sich bei der gesetzlichen Erbfolge unter Berücksichtigung der der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen, nach den Bestimmungen der §§ 2050—2057 ergeben würde. Erst aus diesem Erbteil wird der Pflichtteil berechnet. Der Zweck[19]) dieser Bestimmung ist wohl der, daß unter den pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen alles das in gerechter Weise zur Verteilung gelangen soll, was die Abkömmlinge zur Zeit der Deckung der Pflichtteilsansprüche herauszugeben haben. Solche Zuwendungen müssen also bei der Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt werden und sind dem Bedachten auf seinen gesetzlichen Erbteil anzurechnen.[20])

[19]) Vergl. Böhm, 1. Aufl., § 65, S. 164.

[20]) Die Berechnung des Pflichtteils erfolgt folgendermaßen: Der Wert aller zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen wird der Nachlaßmasse hinzugerechnet; aus dieser Summe werden die Erbteile aller Abkömmlinge festgesetzt und von diesen Erbteilen die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen der betreffenden Abkömmlinge in Abzug gebracht. Die Hälfte dieser Summe ist dann der Pflichtteil. Noch schwieriger gestaltet sich die Berechnung, wenn die Ausgleichungsposten zugleich mit der Anrechnungspflicht auf den Pflichtteil beschwert sind. Alsdann ist von dem eben berechneten Pflichtteil noch die Hälfte der anrechnungspflichtigen Zuwendung gemäß § 2316_4 abzurechnen. Auf den ersten Blick mag es wunderbar erscheinen, daß in diesem Fall nur die Hälfte der Zuwendung zur Anrechnung auf den Pflichtteil kommt, während sonst immer die ganze Zuwendung angerechnet werden muß. Dies erklärt sich jedoch daraus, daß die andere Hälfte der ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Zuwendung schon berücksichtigt worden ist, indem bei der Berechnung des Pflichtteils die ganze Zuwendung von dem gesetzlichen Erbteil abgezogen worden ist und erst von dieser sich daraus ergebenden Summe die Hälfte den Pflichtteil ausmacht. Der Reichstag hat den Abs. 4 § 2316 hinzugefügt, um einer Ungerechtigkeit, die durch Anrechnung der ganzen Zuwendung

Durch die Zuwendung begründet sich daher ein gewisses Rechtsverhältnis gegenüber den anderen Abkömmlingen hinsichtlich der Berücksichtigung der Vorempfänge auf den Erbteil und Pflichtteil. Es handelt sich hierbei gewissermaßen um die Ordnung des Pflichtteils. Der Pflichtteil kommt aber dem Berechtigten nicht mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers zu, sondern vielmehr ohne denselben, sogar auch gegen denselben kraft gesetzlicher Anordnung. Eine dem Erblasser zustehende Befugnis in irgend welcher Weise auf den Pflichtteil verletzend einzuwirken, läßt sich in Folge dessen mit dem Pflichtteilsrecht nicht vereinbaren. Es kann dem Erblasser nicht gestattet werden, gegen das Pflichtteilsrecht verstoßende Bestimmungen zu treffen. Demzufolge ist in § 2316_3 es dem Erblasser durchaus versagt, die Ausgleichung zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung bei Berechnung des Pflichtteils auszuschließen. Mit anderen Worten: die Fähigkeit des Erblassers die Ausgleichung erlassen zu können, findet in dem Pflichtteilsrecht seine Grenze. Pflichtteilsrecht und Ausgleichung stehen, kurz gesagt, in einem solchen Verhältnis, daß Ersteres durch Letzteres nicht beschränkt werden darf.

Von diesem allgemeinen Prinzip wollen Strohal § 25 S. 93, Strübe § 132 S. 406, Pfizer S. 450, B. G.-B. von Wilke, Reatz etc. V S. 112 Anm. 2[21]) zu Gunsten der in § 2050_2 bezeichneten Zuschüsse und Aufwendungen eine Ausnahme gemacht wissen. Diese Zuwendungen soll der Erblasser auch zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen, von der Ausgleichung befreien können. Die ebengenannten Schriftsteller halten sich hierbei streng an den Wortlaut des Gesetzes, das in § 2316_3 allerdings nur von Zuwendungen des § 2050_1 spricht. Strohal verkennt nicht, daß in einer derartigen Bestimmung ein Verstoßen des Gesetzes gegen das Pflichtteilsrecht liege, und erklärt deshalb diese Anordnung

---

auf den Pflichtteil entstehen würde, vorzubeugen. Gegen diese Berechnungsweise erklären sich Endemann, III, § 131, S. 600, Anm. 30; Schiffner, § 11, S. 76; Mattiaß, II, § 159, S. 433; Strohal, § 25, S. 94; dafür sind Hachenburg, S. 434; Pfizer, S. 451; Böhm, 1. Aufl., § 65, S. 166.

21) Für Schiffner und Mattiaß erübrigt sich eine Entscheidung dieser Frage, da sie überhaupt die Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichung bei § 2050_2 zu erlassen, verneinen.

für inkonsequent, ohne jedoch sich von dem Wortlaut des Gesetzestextes losmachen zu können.

Gegen ein solches Festhalten am Wortlaut des Gesetzes und für eine ausgedehntere Anwendbarkeit des § 2316_3 entscheiden sich Endemann III § 131 S. 598 Anm. 23, Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 628 Nr. 20, Frommhold S. 286 Anm. 4, Böhm 1. Aufl. § 65 S. 166. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht vor allem die oben erwähnte Entstehungsgeschichte des § 2050. § 2316_3 wurde beraten und angenommen, als § 2050 in seiner alten Form, d. h. seine beiden ersten Absätze in einen vereinigt, vorlag. Abs. 3 § 2316 bezog sich daher auch auf die Zuschüsse und Aufwendungen des jetzigen Abs. 2. Erst später hat die Redaktionskommission dem Paragraph die jetzige Gestalt des § 2050 gegeben, bei § 2316_3 es jedoch unterlassen, eine diesbezügliche Änderung einzuschieben. Selbst späterhin, bei der Vorkommission, ist dieser Punkt nicht berührt worden. Aus dem Stillschweigen der Kommissionen hinsichtlich dieses Punktes ist, wie oben erwähnt, mit Sicherheit auf ein Versehen zu schließen. § 2316_3 bezieht sich also auch jetzt noch, ebenso wie früher, auf die Zuwendungen des Abs. 2 § 2050.

Diese eben geschilderte Entstehungsgeschichte im Verhältnis zu § 2316_3 legt allein schon genügendes Zeugnis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ab. Dies ist jedoch nicht der einzige Grund, der für diese Auffassung angeführt werden kann; es spricht für diese außerdem noch, daß, wie auch schon oben ausgeführt wurde, der Abs. 2 des 2050 nur eine nähere Erläuterung resp. eine Beschränkung der in Abs. 1 gegebenen Regel enthält. Es ist also Abs. 2 inhaltlich zu Abs. 1 zu rechnen und steht zu diesem in engster Beziehung, ja er ist gewissermaßen nur ein Teil des ersten Absatzes. Es ist daher nur folgerichtig, daß die Bezugnahme des § 2316_3 auf § 2050_1 auch auf die Zuschüsse und Aufwendungen, soweit diese zur Ausgleichung zu bringen sind, Anwendung finden muß. Zuwendungen der in § 2050_2 bezeichneten Art kann also der Erblasser nicht zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen. Ein Erlaß der Ausgleichung dieser Gaben hinsichtlich des Erblassers findet in gleicher Weise wie bei Ausstattungen seine Grenze in dem Pflichtteilsrecht, er äußert nur insoweit seine Wirkung, als dadurch nicht Rechte von Pflichtteilsberechtigten verletzt werden.

Anders dürfte sich die Entscheidung der Frage gestalten: ob bei Zuwendungen, die gemäß § 2050_3 kraft einer besonderen Anordnung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sind, der Erblasser die Ausgleichung unbeschränkt erlassen kann oder ob er auch diese Gaben nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung hinsichtlich des Pflichtteils analog § 2316_3 ausschließen darf. Für diese Zuwendungen wird dem Erblasser uneingeschränkte Erlaßfähigkeit zuerkannt werden müssen. Dieser Ansicht ist Frommhold S. 286 Anm. 4, das B. G.-B. von Wilke, Reatz etc. V S. 112 Anm. 2. Die Erwägungen, welche zur Einschränkung der Erlaßfähigkeit des Erblassers für die Fälle des § 2050_2 geführt haben, sind für die Zuwendungen des Abs. 3 § 2050 nicht zutreffend. Die Gaben dieses Absatzes stehen in keinem innerlichen Zusammenhang zu denen des Abs. 1 und 2, sie sind vielmehr von Anfang an stets in einem besonderen Absatz behandelt worden. Es liegt deshalb kein Grund vor, § 2316_3 auf diese Zuwendungen zur Anwendung zu bringen, denn dieser Paragraph hebt ausdrücklich die Gaben des § 2050_1, zu denen allerdings die des Abs. 2 innerlich gehören, hervor.

Außerdem spricht noch für diese Ansicht die Erwägung, daß Zuwendungen dieser Art an sich nicht der Ausgleichung unterliegen, sondern erst durch eine besondere Bestimmung des Erblassers sich als solche charakterisieren. Mit dieser Anordnung des Erblassers erst erhalten diese Zuwendungen für den Pflichtteil, für die Berechnung desselben Interesse. Dieselben würden bei dem Fehlen einer derartigen Bestimmung des Erblassers ohne jegliche Einwirkung auf die Berechnung des Pflichtteils bleiben. Demgemäß muß es nun dem Erblasser freistehen, den Einfluß auf den Pflichtteil, den er ja durch die Anordnung der Ausgleichung erst geschaffen hat, der kein gesetzlich festgelegter ist, auch wieder nach seinem Willen beseitigen zu können. Erläßt der Erblasser die Ausgleichung dieser Gaben, so stellt er nur das nach dem Gesetz hinsichtlich dieser Zuwendung bestehende Verhältnis wieder her. Die eigentliche Berechnung des Pflichtteils tritt wieder in ihre Rechte, ohne daß dieselbe durch den Erlaß der Ausgleichung in irgend welcher Weise verletzt würde. Zwar wird die Berechnung des Pflichtteils eine andere, als wenn es der Erblasser bei der zur Ausgleichung verpflichtenden Anordnung belassen hätte; jedoch liegt hierin keine Verletzung des Pflicht-

teilsrechts, da die Pflichtteilsberechnung eben auch eine andere und zwar die jetzt wieder eingetretene gewesen wäre, falls der Erblasser die Ausgleichung überhaupt nicht angeordnet hätte. Der Erblasser kann in Folge dessen Zuwendungen der in Abs. 3 § 2050 bezeichneten Art uneingeschränkt erlassen.

Dem § 2316_3 entsprechende Beschränkungen der die Ausgleichung ausschließenden Anordnungen des Erblassers finden sich in fast allen Rechten. Das preußische Landrecht weist in § 391 Tl. II Tit. 2 darauf hin. § 391 lautet nämlich: „Alles, was vorstehend § 383 ff. von der Befugnis der Eltern über ihr Vermögen unter den Kindern nach Willkür zu verfügen, festgesetzt ist, versteht sich jedoch mit Vorbehalt des den Kindern zukommenden Pflichtteils." Da durch diese Vorschrift auf § 383 ff. Bezug genommen wird, betrifft diese natürlich auch den Fall des § 384, in dem Eltern ausgestatteten Kindern die Anrechnung des Vorempfangs auf den Erbteil erlassen haben. Es darf also, kurz gesagt, die Ausgleichungspflicht nicht zum Schaden des Pflichtteils erlassen werden.[22]) Das sächsische Gesetzbuch sagt dasselbe deutlich in § 2370. Auch der code civil und das Badische Landrecht haben in Art. 844 eine Ausnahme von der Regel, daß dem Erblasser im allgemeinen völlige Freiheit zusteht, von der Einwerfung zu befreien, resp. Geschenke und Vermächtnisse als Voraus zu geben. Die mit einer solchen Anordnung des Erblassers gegebenen Geschenke und Vermächtnisse darf der Erbe nur zu dem Teil uneingeworfen behalten, der nicht die Verfügungsfähigkeit des Erblassers überschreitet. Diese ist in Art. 913—915 zu Gunsten der Vorbehaltserben beschränkt; es muß daher insoweit eine Einwerfung der von der Kollationspflicht befreiten Schenkungen und Vermächtnisse eintreten, als dieselben gegen § 913 ff. verstoßen. Das Recht der Vorbehaltserben darf also auch in diesem Recht nicht durch einen Einwerfungserlaß geschmälert werden. Auch im gemeinen Recht ist der Satz allgemein anerkannt, daß durch Kollationserlaß eine Verletzung des Pflichtteilsrechts nicht erfolgen darf. Waren die von der Kollationspflicht durch den Erblasser befreiten Zuwendungen eines Descendenten so groß, daß die anderen Pflichtteilsberechtigten geschädigt würden, so können diese mit der actio suppletoria Ergänzung ihres Pflichtteils verlangen.[23])

---

[22]) Vergl. Förster-Eccius, IV, § 274, S. 605; Gruchot, III, S. 109.

[23]) Fein, § 67, S. 402; Köppen, § 41, S. 262, Anm. 3; Leist, 37/38, III, § 1614, S. 488/89; Seuffert, X, No. 69.

Das österreichische Gesetzbuch bringt keine Beschränkung in dieser Hinsicht. Nur bestimmt es in § 792,[24]) daß die Anrechnung von Zuwendungen der in § 788 bestimmten Art selbst bei der Befreiung von der Anrechnungspflicht stattzufinden hat, wenn die Erziehung resp. Versorgung der anderen Kinder nicht aus deren Vermögen oder aus dem des Erblassers erfolgen kann. In diesem Fall findet trotz ausdrücklichen Erlasses seitens des Erblassers die Anrechnung in dem Maße, als dies zur Erziehung etc. der übrigen Kinder erforderlich ist, statt.

§ 8.

Die gewillkürte Ausgleichung.

Wie schon oben erwähnt, hat man zwischen gesetzlicher und gewillkürter Ausgleichung zu unterscheiden. Auf Fälle der ersteren beziehen sich §§ 2050_1, 2052, 2051. Letztere findet sich in §§ 2050_3, 2052 (im Zweifel), 2053_1.[25]) Die Ausgleichung wird eine gewillkürte genannt, wenn sie in Fällen, in denen eine Ausgleichungspflicht nach den gesetzlichen Bestimmungen im allgemeinen sonst nicht besteht, auf den erklärten Willen des Erblassers hin stattfindet. Der Grund der Gültigkeit derartiger erblassischer Bestimmungen beruht darin, daß die gesetzliche Ausgleichungspflicht auf einem präsumtiven, die Berücksichtigung gewisser Vorempfänge verlangenden Willen des Erblassers beruht. Bringt nun ein nur angenommener Wille des Erblassers eine solche Wirkung hervor, um wieviel mehr muß dann erst ein in dieser Hinsicht ausgesprochener Wille des Erblassers dies zu thun im Stande sein. Aus dieser Erwägung heraus und mit Rücksicht auf die dem Erblasser zustehende Fähigkeit, Zuwendungen an seine Kinder an Bedingungen zu knüpfen, mit Auflagen zu belassen und andere Bestimmungen zu treffen, ergiebt sich die Gültigkeit der die Ausgleichung bei sonst nicht ausgleichungspflichtigen Gegenständen anordnenden Bestimmungen des Erblassers. Näheres wird hierüber noch bei den Objekten der Ausgleichung zu sagen sein, so z. B. wann und in welcher Form solche Anordnungen des Erblassers gültig zu erfolgen haben etc. Auch hinsichtlich der Subjekte der Ausgleichung

24) Etwas ähnliches enthält das preußische Landrecht, Tl. II, Tit. 2, § 313.

25) Eine gesetzliche Ausgleichungspflicht kennt im allgemeinen das dänische Recht nicht; es findet in diesem Recht in der Regel die Ausgleichung nur bei dem Vorhandensein einer Aufzeichnung des Erblassers über die Zuwendungen an die Kinder statt. Dänische Verordnung vom 21. Mai 1845, § 10 ff.

kann der Erblasser über die ihm vom Gesetz gesteckten Grenzen hinausgehen. Eine solche Erweiterung ist als Ausfluß der allgemeinen Verfügungsbefugnis des Erblassers vollwirksam. Der Erblasser trifft durch eine Anordnung derartigen Inhalts im Grunde eigentlich nur eine Bestimmung über das Maß dessen, was ein jeder Miterbe aus dem Nachlaß empfangen soll. Da der Erblasser aber über seinen Nachlaß frei verfügen, denselben beliebig verteilen, überhaupt Bestimmungen jeglicher Art treffen kann, sofern dadurch nicht das Pflichtteilsrecht oder andere gesetzlichen Bestimmungen verletzt werden, so ist auch solchen Anordnungen des Erblassers volle Gültigkeit zuzusprechen, nach denen gesetzmäßig nicht der Ausgleichung unterliegende Erben mit dieser Pflicht belastet werden. Nicht ist jedoch die Wirksamkeit derartiger Bestimmungen aus § 2050_3, wie Hachenburg S. 424 meint, abzuleiten. Das B. G.-B. hat das Institut der Ausgleichung nur für die Erbfolge der Abkömmlinge bestimmt. Es fällt daher, falls ein anderer Erbe vom Erblasser als ausgleichungspflichtig erklärt wird, dies nicht unter die besonderen Bestimmungen des B. G.-B. über die Ausgleichungslehre. Jedoch werden die in §§ 2050—2057 enthaltenen Vorschriften über die Ausgleichung auf diese Fälle analoge Anwendung finden.

II. Kapitel.

Subjekte der Ausgleichung.

§ 9.

Als Prinzip für die Ausgleichungsverbindlichkeit ist die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge aufgestellt.

Als oberstes Prinzip für die Ausgleichungsverpflichtung hat des B.G.-B. die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge aufgestellt. Hierbei ist zu beachten, daß es sich einmal um eine Erbfolge handeln muß, die zweitens nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 1924 sich vollzieht. Es muß eine Erbfolge vorliegen § 2050_1 „Abkömmlinge, die zur Erbfolge gelangen", d. h. nur Erben können Subjekte der Ausgleichungsverbindlichkeit sein, nur diese können nach dem Gesetz ausgleichungspflichtig oder berechtigt sein, nicht aber Vermächtnisnehmer[26]) oder Nachlaßgläubiger, denn diese haben keine Erbenstellung.

Auch für Erstere kann der Erblasser die Ausgleichung anordnen, jedoch gehören derartige Bestimmungen nicht unter die Ausgleichungslehre, wie schon in § 8 S. 27 auseinandergesetzt worden ist. Die Ausgleichungspflicht tritt aber nur ein, wenn die Erben zur Erbfolge „gelangen".[27]) Sie können sich daher der Ausgleichungsverbindlichkeit entziehen, falls sie die Erbschaft ausschlagen (§ 1953), auf sie verzichten (§ 2346). Nicht alle Erben, die zur Erbfolge gelangen, unterliegen der Ausgleichungspflicht, wie aus § 2050_1 hervorgeht, sondern nur Abkömmlinge.[28]) Diese

---

26) Schiffner, § 31 und 24, Anm. 5, läßt auch gesetzliche Vermächtnisnehmer an der Ausgleichung teilnehmen. Dies erklärt sich aus der Auffassung Schiffners über gesetzliche Vermächtnisse.

27) Der I. Entwurf bediente sich in § 2157 des Ausdrucks „berufen zur Erbfolge".

28) Näheres hierüber unten § 11.

aber im Prinzip auch nur dann, wenn sie als gesetzliche Erben zur Erbschaft gelangen. Nach dem Ebengesagten sind daher Erben, die keine Abkömmlinge sind, und Abkömmlinge, die keine Erben sind, nicht der Ausgleichungspflicht unterworfen.

Die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge als maßgebendes Prinzip der Ausgleichungslehre aufzustellen, ergiebt sich aus dem der gesamten Ausgleichungslehre zu Grunde liegenden Satz, daß ein zu präsumierender Wille des Erblassers die möglichste Gleichstellung aller Kinder hinsichtlich seines Vermögens erstrebe und deshalb auch die Berücksichtigung gewisser Vorempfänge dieser Kinder verlange. Die Annahme eines derartigen Willens des Erblassers erscheint aber nur bei der gesetzlichen Erbfolge gerechtfertigt, nicht hingegen bei testamentarischer. Errichtet der Erblasser ein Testament, so ist zu vermuten, daß der Erblasser seine Anordnungen vollständig, also auch unter Berücksichtigung des Vorempfangs seiner Kinder habe treffen wollen, ohne daß eine Ergänzung seines Willens durch das Gesetz habe erfolgen sollen. Ist doch demjenigen zuzutrauen, der so vorsorglich ist, in einer letztwilligen Verfügung über seinen Nachlaß zu bestimmen, daß er es nicht unterlassen würde, über einen so äußerst wichtigen Punkt, wie die Berücksichtigung des Vorempfangs, Anordnungen zu treffen, falls er überhaupt etwas in dieser Richtung festsetzen will. Eine Vergeßlichkeit hinsichtlich dieses Punktes bei ihm zu vermuten, dürfte aus dem Grunde unrichtig sein, weil besondere Erwägungen maßgebend gewesen sein müssen, die Erbteile der Kinder so zu bestimmen, wie er es gethan hat, also wohl auch die Vorempfänge der Abkömmlinge seitens des Erblassers nicht außer Betracht gelassen sein werden. Von besonderem Gewicht wird letztere Erwägung allerdings nur bei ungleicher Festsetzung der Erbteile sein.

Dafür, daß es dem Erblasser überlassen bleiben muß, hinsichtlich der Berücksichtigung des Vorempfangs Verfügungen zu treffen, falls er in einem Testament die Erbfolge festgesetzt hat, spricht noch die Erwägung, daß in diesen Fällen durch den Eintritt der gesetzlichen Ausgleichungspflicht viel leichter eine Durchkreuzung der erblasserischen Absichten herbeigeführt werden kann, als daß dadurch eine Gleichstellung hinsichtlich der Vorempfänge hergestellt wird. Ist z. B. ein Erbe auf einen kleineren Erbteil als die anderen eingesetzt, um hierdurch einen Ausgleich wegen einer diesem Erben gegebenen Ausstattung

den anderen Erben gegenüber herbeizuführen,[29]) so würde sich die Benachteiligung des ausgestatteten Abkömmlings noch vergrößern, wenn dieser außer der Verkürzung seines Erbteils seine Ausstattung noch zur Ausgleichung bringen müßte. Diese Berücksichtigung der Ausstattung entspricht jedoch keineswegs der Absicht des Erblassers, denn er hat ja schon dadurch, daß er diesem Abkömmling einen kleineren Erbteil zuwandte, dem Vorempfang desselben Rechnung getragen. Eine in diesem Fall eintretende Ausgleichungspflicht würde also nicht zur Gleichstellung der Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Vorempfänge beitragen, sondern vielmehr eine bezüglich dieses Punktes durch den Erblasser geschaffene Gleichstellung zu Ungunsten des ausgestatteten Abkömmlings beseitigen. Ebenso wie in diesem Fall würde die mit der Einsetzung eines Abkömmlings auf einen bestimmten Erbteil verknüpfte Absicht des Erblassers durch den Eintritt der Ausgleichungspflicht vereitelt werden, wenn der Erblasser die Bevorzugung eines Abkömmlings gewollt und deshalb diesem einen größeren Erbteil zugewendet hat. Dieser Erbteil würde in wesentlich herabgemindertem Maße an den Abkömmling gelangen, wenn dieser seine Ausstattung zur Ausgleichung bringen müßte. Hiermit würde also auch die vom Erblasser beabsichtigte Bevorzugung dieses Abkömmlings zum Teil in Wegfall kommen. Also auch in diesem Fall würde das Platzgreifen der Ausgleichungsverbindlichkeit die Wirkung der erblasserischen Absichten vereiteln oder zum mindesten abschwächen.

Gleiche Erwägungen greifen auch für die erst nach Errichtung eines Testaments gemachten Zuwendungen Platz. Der Erblasser will z. B. eine Bevorzugung eines Abkömmlings, die auf einer früher erfolgten Zuwendung oder auf einer Bestimmung im Testament beruht, durch die nachträgliche Zuwendung an einen anderen Abkömmling diesem gegenüber abschwächen oder beseitigen oder auch eine Benachteiligung dieses Abkömmlings allen anderen Kindern gegenüber durch diese spätere Zuwendung wieder ausgleichen. Alles dies würde jedoch vereitelt werden, falls diese Zuwendungen von dem Abkömmling zur Ausgleichung gebracht werden müßten.

---

29) Eines besonderen Hinweises durch Worte auf diese Absicht seitens des Erblassers bedarf es nicht. Wäre ein solcher vorhanden, so würde dies einer die Ausgleichung ausschließenden resp. erlassenden Anordnung des Erblassers gleichkommen; s. oben § 5, S. 8 ff.

Bei nach Errichtung eines Testaments erfolgten Zuwendungen besondere Absichten des Erblassers zu vermuten, liegt nahe, da der Erblasser bereits über sein Vermögen verfügt hat und wissen muß, daß durch spätere Zuwendungen unter Lebenden die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Abkömmlinge in Bezug auf das Vermögen ihres Erblassers, die eigentlich schon durch die letztwillige Verfügung festgelegt sind, eine Änderung erfahren, falls er nicht bei der Zuwendung seinen gegenteiligen Willen zum Ausdruck bringt, d. h. die Ausgleichung anordnet. Nicht geleugnet soll werden, daß beim Fehlen der Absicht des Erblassers, eine Bevorzugung zu schaffen oder eine Benachteiligung zu beseitigen, durch das Nichteintreten der Ausgleichungspflicht Bevorzugung des einen oder Benachteiligung eines anderen Teils, die nicht im Sinne des Erblassers gelegen haben, herbeigeführt werden. Allein ähnliche Resultate würden sich auch dann ergeben, falls der Erblasser bei erheblicher Änderung der Verhältnisse sein Testament nicht abändern würde.

Faßt man nun die Ergebnisse aller dieser Erwägungen zusammen, so kommt man zu dem Schluß, daß eine Ausdehnung der Ausgleichungspflicht auf die testamentarische Erbfolge den Grundsätzen des B. G.-B. über die Ausgleichungslehre und den Erfordernissen des praktischen Lebens nicht entspricht.

§ 10.

Die prinzipielle Verneinung der Ausgleichungspflicht bei testamentarischer Erbfolge ist für gewisse Fälle durch § 2052 durchbrochen.

Auf diesem prinzipiellen Standpunkt beharrte der erste Entwurf. Derselbe erkannte nur bei gesetzlicher Erbfolge eine Ausgleichungsverbindlichkeit an, verneinte dieselbe aber absolut bei gewillkürter Erbfolge.[30]) Jedoch schon in der zweiten Kommission wich man von diesem strengen Grundsatz ab und machte zu Gunsten der testamentarischen Erbfolge gewisse Ausnahmen, die auch in das B. G.-B, Aufnahme gefunden haben. Für den Fall nämlich, daß die Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt sind, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder ihre Erbteile so bestimmt sind, daß sie zu einander in dem-

[30]) Vergl. Motive, V, S. 699, 701. Gegen diese Beschränkung des I. Entwurfs wendeten sich Bähr, Archiv f. b. R., III, S. 224; Gegenentwurf § 1917; Gierke, S. 565; Strützki, S. 183$_1$, 187.

selben Verhältnis stehen, wie die gesetzlichen Erbteile,[31]) soll im Zweifel eine Ausgleichungspflicht bestehen. Zu letzterem Fall ist sowohl die Einsetzung auf geringere als die gesetzlichen Erbteile, also beim Zusammenerben mit anderen Personen, als auch die Einsetzung auf größere Erbteile, so beim Ausschluß eines Abkömmlings gemäß § 1938 zu rechnen. Setzt der Erblasser seine Abkömmlinge allein als Erben ein, ohne deren Erbteile näher zu bestimmen (vergl. § 2066 ff.), so wird nach dem Ebengesagten die Ausgleichung stattzufinden haben. Hieran wird nichts geändert,[32]) falls der Erblasser einen Abkömmling mit einem Vorausvermächtnis oder einem Vermächtnis zu Gunsten eines Dritten beschwert. Denn hierdurch wird nicht das Verhältnis der Erbteile, die sich in vorliegendem Fall, wie bei der gesetzlichen Erbfolge regeln würden, berührt oder verändert.

Die obenerwähnten Ausnahmen des B. G.-B., wie sie sich in § 2052 finden, rechtfertigen sich aus der Erwägung heraus, daß, falls der Erblasser durch seine Festsetzungen die gesetzliche Erbfolge bestätigt, die Vermutung besteht, er habe es auch hinsichtlich der Ausgleichungspflicht bei dem belassen wollen, was bei der gesetzlichen Erbfolge gilt.[33]) Denn hält der Erblasser an der nach dem Gesetz eintretenden gleichen Behandlung seiner Abkömmlinge fest, so erscheint es auch als höchst wahrscheinlich, daß der Erblasser von der Ausgleichungspflicht, die die Gleichstellung aller Abkömmlinge doch möglichst befördern soll, nicht habe abweichen wollen. Hat also der Erblasser bei der testamentarischen Erbfolge die Gleichheit seiner Abkömmlinge gewahrt, so tritt die Ausgleichungspflicht ein. Denn nur in diesem Falle erscheint die Annahme, der Erblasser habe bezüglich der Vorempfänge Gleichstellung seiner Abkömmlinge beabsichtigt, gerechtfertigt.[34]) Für die Richtigkeit der Be-

---

31) Auf diesen Fall scheint Mommsen, § 299, S. 330 die Ausgleichung nicht ausdehnen zu wollen.

32) Vergl. Pfizer, S. 485.

33) Vergl. Denkschrift, S. 279.

34) Der Vorschlag Strützkis, B. 1, S. 187, zum I. Entwurf, die Ausgleichung solle stets bei der testamentarischen Erbfolge platzgreifen, ist nach dem im Text Gesagten zu verwerfen. Nur für die oben erwähnten Fälle erscheint die Ausgleichungspflicht gerechtfertigt, denn hat der Erblasser die Gleichheit unter seinen Abkömmlingen bei den Erbquoten nicht gewahrt, so ist kaum zu vermuten, daß gerade hinsichtlich des Vorempfangs Gleichheit herrschen soll.

stimmungen des § 2052 spricht die Erfahrung, daß viele Testamente in erster Linie nicht die Einsetzung der Kinder als Erben bezwecken, sondern anderer Verfügungen halber errichtet werden; so hauptsächlich um der überlebenden Ehefrau den Nießbrauch am Nachlaß zu vermachen oder auf dem Lande meistenteils um Anordnungen über Auszug, Wohnungs- und Herbergsrechte zu treffen. In solchen Fällen bilden diese Verfügungen den Mittelpunkt des Testaments, während die Erbeinsetzung der Kinder auf ihren gesetzlichen Erbteil meist nur erfolgt, weil eben ein Testament gemacht wird. Es ist gar nicht die Absicht des Erblassers, hierüber etwas Besonderes zu verordnen.

Gemäß § 2052 findet nach dem Ebengesagten die Ausgleichung in den in diesem Paragraph gekennzeichneten Fällen auch bei testamentarischer Erbfolge statt. Nicht zu übersehen ist jedoch, daß § 2052 nur eine Auslegungsregel des erblasserischen Willens bildet, worauf die Worte des § 2052 „im Zweifel" hinweisen. Es kann daher auf Grund des Gesamtinhalts der letztwilligen Verfügung oder auf Grund anderer Umstände der Gegenbeweis dieser Auslegungsregel des erblasserischen Willens geliefert werden.

Dasselbe, was im Vorhergehenden über die testamentarische Erbfolge gesagt worden ist, findet gemäß § 2279 auf die Erbfolge nach Erbverträgen Anwendung. Abkömmlinge unterliegen daher auch dann der Ausgleichung, wenn sie infolge Erbvertrags ihre gesetzlichen Erbteile oder im Verhältnis derselben Erbquoten erhalten.

Die im B. G.-B. § 2052 festgelegte Ansicht wird auch für das gemeine Recht von einigen Juristen[35]) als geltend vertreten, jedoch erklärt sich die herrschende Meinung dagegen und läßt die Ausgleichungspflicht immer bei der testamentarischen Erbfolge zu, wenn nur die eingesetzten Erben ohne Testament den Erblasser ab intestato beerbt hätten.[36]) Diese Ansicht findet sich

---

[35]) Dernburg, III, § 141, S. 287; Dunkhase im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 79, S. 285.

[36]) Die über die Kollation bei Testamentserbfolge handelnde Novelle ist Nov. 28, Kap. 6: Illud quoque bene habere credimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus in collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri, si vero testati nihil dicentes de eis locum non fieri collationibus, sed et res habere per dotem forte aut alio modo datas et quae sunt velicta, defendere, nos sancimus non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur seu testatus (quoniam incertus est ne forsan oblitus datorum aut pro tumultu mortis angustatus

auch im bayerischen Landrecht Tl. III Kap. 1 § 15 und im württembergischen Recht (vergl. Stein und Kübler § 129 S. 743) vertreten.

Für das preußische Recht ist die Frage betreffs der Ausgleichung bei Testamentserbfolge bestritten. Dies bejahen Dernburg III § 242 S. 716, Gruchot III S. 25, Eccius IV S. 661/662, § 274 4. Aufl., Bornemann VI S. 184, während Förster IV § 274, Witte § 70 S. 232 und Koch S. 1010 Anm. 4, S. 1019 die Ausgleichungspflicht auf die Intestaterbfolge beschränken. Erstere begründen ihre Ansicht durch Berufung auf A. L.-R. Tl. II Tit. 2 § 390, 384 ff. § 390 ordnet an, daß alles, was in der letztwilligen Verfügung der Eltern nicht bestimmt ist, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge beurteilt werden muß. Es müssen daher auch folgerichtig die für die Einwerfung bei gesetzlicher Erbfolge geltenden Vorschriften des A. L.-R. bei testamentarischer Erbfolge statthaben; falls nicht etwa der Erblasser diesen Punkt selbst regelt; in welchem Fall die Festsetzung des Erblassers für die Einwerfung maßgebend ist. Witte

---

huius non est memoratus) omnino esse collationes et exinde aequalitatem secundum quod olim dispositum est; nisi expressim designaverit ipse velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre et quod iam datum est, et ex iure testamenti; omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.

Durch diese Novelle ist die Kollation auf Deszendenten auch für den Fall testamentarischer Erbfolge ausgedehnt, jedoch nur für den Fall, daß die Deszendenten ohne dieses Testament Intestaterben gewesen wären. Hierfür spricht, daß Justinian in der in Rede stehenden Novelle das frühere Kollationsrecht in vollem Umfange bestätigt (secundum quod olim dispositum est omnibus, quae prius de coll. a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus) und nur die einzige Neuerung hinzugefügt hat, daß von nun an Kollation auch bei testamentarischer Erbfolge stattfinden soll, ohne dabei rücksichtlich der bei der Kollation beteiligten Personen eine Änderung eintreten zu lassen. Hieraus geht aber hervor, daß der Eintritt der Kollationspflicht unter unverändertem Fortbestand der übrigen bisherigen Voraussetzungen erfolgt. Die Konkurrenz mit anderen Deszendenten ist daher ganz gleich der mit extraneis zu beurteilen.

Dieser Ansicht sind: Windscheid, III, § 610, Anm. 5; Göschen, § 968, S. 472; Weißke, R. L. III, S. 832; Sintenis, III, § 199, S. 520; Vangerow, II, § 516, S. 392, Anm. 2; Vering, S. 656; Francke, S. 246, 256; Maier, § 125, Anm. 4; Wächter, § 307, S. 778; Arndts, § 528, S. 792; Leist, 37/38, III, § 1614, S. 481; v. Köppen, I, § 43, S. 265. Noch weiter gehen Fein, § 64, S. 374, Vallet (Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts), III, § 1078, Anm. 75, v. d. Pfordten (Kritische Jahrbücher für die Rechtswissenschaften), S. 899. Dieselben legen die Kollationspflicht bei Testamentserbfolge allen erbenden Deszendenten auf, auch wenn dieselben nicht zur Intestaterbfolge berufen wären.

und Förster geben eine solche Ausdehnung der Ausgleichungspflicht nicht zu, weil die Ausgleichung im engen Anschluß an die gesetzliche Erbfolge im A. L.-R. behandelt und der testamentarischen oder vertraglichen Erbfolge dabei keinerlei Erwähnung gethan wäre.

Das sächsische Gesetzbuch § 2371 und das österreichische Gesetzbuch § 790 erklären sich gegen das Platzgreifen der Ausgleichung bei gewillkürter Erbfolge, ebenso das Churpfälzische L.-R. Tl. III Tit. 19 § 5. Das Mainzer L.-R. Tit. XVII § 1 ordnet die Kollation auch bei Testamentserbfolge, wenn den Erben ein gewisser Anteil der Erbschaft überhaupt zugewiesen ist.

§ 11.

Subjekte der Ausgleichungspflicht sind nur Abkömmlinge des Erblassers.

Das B. G.-B. läßt, wie im vorigen Paragraph auseinandergesetzt, die Ausgleichungspflicht im Prinzip nur bei der gesetzlichen Erbfolge eintreten und zwar nur bei der gesetzlichen Erbfolge der Abkömmlinge. Nicht jeder also, welcher zur Erbschaft als gesetzlicher Erbe gelangt, unterliegt der Ausgleichungspflicht, vielmehr sind damit nur Abkömmlinge des Erblassers — im Sinne des § 1924 — belastet. Eine Beschränkung, die sich aus § 2050_1 ergiebt. Eine solche Beschränkung ist völlig am Platz, da die Rücksicht auf das nahe Verhältnis zwischen Eltern und Kindern die der gesamten Ausgleichungslehre zu Grunde liegende Vermutung, der Erblasser wolle keines seiner Kinder durch Zuwendungen bei seinen Lebzeiten vor den anderen begünstigen, sondern alle hinsichtlich gewisser Vorempfänge möglichst gleichstellen, rechtfertigt. Eine gleiche Vermutung hinsichtlich anderer gesetzlicher Erben entbehrt jeder Wahrscheinlichkeit. Zu Seitenverwandten ist das Familienverhältnis an und für sich ein entfernteres; hier schließt dasselbe nicht, wie bei Abkömmlingen die Verpflichtung für sie zu sorgen in sich. Läßt der Erblasser einem seiner erbberechtigten Seitenverwandten etwas zukommen, ohne einem gleich nahestehenden Verwandten eine entsprechende Zuwendung zu machen, so beruht dies eben darauf, daß der Erblasser dem bedachten Seitenverwandten durch irgendwelche Lebensverhältnisse persönlich näher steht, als den anderen Seitenverwandten, und daß eine solche Zuwendung der Ausfluß dieses näheren

verwandschaftlichen Verhältnisses ist. Allen seinen Kindern jedoch steht der Erblasser nach der allgemeinen Lebenserfahrung gleich nahe. Unter diesen ist daher die Ausgleichung der Vorempfänge angebracht, während bei Seitenverwandten eine Ausstattung etc., die der Erblasser gegeben hat, eine besondere Bevorzugung sein soll, die es aber nicht mehr wäre, wenn diese der Ausgleichung unterliegen würde.

Auch hinsichtlich Aszendenten erscheint eine Ausgleichungspflicht nicht am Platze. Ausgleichungspflichtige Zuwendungen an Aszendenten sind an sich schon selten; kommen solche aber vor, so müssen ganz besondere Verhältnisse bestehen, die den Schluß auf einen präsumtiven Willen des Erblassers einer allgemeinen Gleichstellung hinsichtlich dieses Vorempfanges nicht rechtfertigen.

Hierzu kommt noch, daß bei den Zuwendungen an Abkömmlinge dem Erblasser der Gedanke an eine Ausgleichung bei der Erbfolge nahe liegt; sterben doch in der Regel nach dem natürlichen Lauf der Dinge die Eltern vor ihren Kindern. Bei Gaben an Aszendenten hingegen an eine Ausgleichung, die bei der Erbfolge des Zuwendenden stattfinden soll, zu denken, wird dem Erblasser fern liegen, da in der Regel die bedachten Aszendenten vor ihm sterben werden.

Seitenverwandten oder Aszendenten gemachte Zuwendungen kann der Erblasser in seinen Testament berücksichtigen oder deren Ausgleichung in Form eines Vermächtnisses anordnen. Dies genügt vollständig, da im allgemeinen nach dem Ebengesagten in einer Zuwendung an Aszendenten oder Seitenverwandte eine Bevorzugung dieser Person zu sehen ist. Will der Erblasser diese Begünstigung beseitigen, so stehen ihm die angeführten Mittel zur Verfügung. Eine in diesen Fällen stets eintretende Ausgleichungspflicht würde aber in den meisten Fällen den Willen des Erblassers, den Bedachten zu bevorzugen, vereiteln. Bei diesen Personen trifft eben der Gesichtspunkt eines die Ausgleichung anordnenden präsumtiven Willens des Erblassers nicht zu.

Das B. G.-B. beschränkt daher mit vollem Recht die Ausgleichungsverbindlichkeit auf Abkömmlinge. Die Ausgleichung findet also weder zwischen Verwandten aufsteigender oder Seitenlinien untereinander, noch zwischen diesen und Abkömmlingen, sondern lediglich unter Abkömmlingen statt.

Ebenso nehmen überlebende Ehegatten nicht an der Ausgleichungsverbindlichkeit teil, denn bei ihnen treffen, in gleicher Weise wie bei Aszendenten und Seitenverwandten, die Erwägungen, die zur Einführung der Ausgleichung für die Abkömmlinge entscheidend waren, nicht zu.

Übereinstimmend mit dem B. G.-B. setzen die Subjekte der Ausgleichung fest das preußische Landrecht Tl. II Tit. 2 § 323,[37]) das österreichische, sächsische und Zürcher Gesetzbuch. Ebenso das italienische Gesetzbuch Art. 1001, welches als Subjekte der Ausgleichung Brüder, Schwestern und deren Abstämmlinge aufführt. Das gemeine Recht hat der herrschenden Meinung nach die Ansicht des B. G.-B.,[38]) ebenso das Hannoversche Recht.[39]) Der code civil Art. 843 ff. nimmt für alle Erben, das bayrische Landrecht für alle Noterben (III, 1 § 15 Nr. 1) die Ausgleichungspflicht an.

Der hessische Entwurf beschränkt zwar die Ausgleichung auf die Abkömmlinge, bestimmt aber in § 326, daß der Erblasser für andere Erben die Ausgleichungspflicht besonders anordnen kann.[40]) Das Bamberger Landrecht dehnt die Kollationspflicht auf Aszendenten aus, falls sie mit Seitenverwandten zusammentreffen; das Hohenloher Landrecht V, 4, 2 auf rechte Eltern und Stiefeltern, die mit rechten Kindern oder Stiefkindern erben. Das sächsiche G.-B. § 2362 und Mommsen § 290_2 bestimmen ausdrücklich, daß bei Ehegatten die Ausgleichungsverbindlichkeit nicht eingreift. Das schleswigsche Recht (Esmarch S. 230), das oldenburgische Gesetz von 1873 Art. 42 § 1, das lübeckische Gesetz von 1862 Art. 15, die thüringischen Erbgesetze und das braunschweigsche Recht[41]) lassen die Ausgleichung auch Ehegatten gegenüber zur Geltung kommen.

---

[37]) § 326 begründet keinen Ausgleichungsanspruch, sondern ein Revokationsrecht der Ehefrau; vergl. Witte, S. 229.

[38]) l. 17, C. 6, 20 vergl. Windscheid, III, § 610, Anm. 6; Vangerow, II, § 516.

[39]) Verordnung über die statutarische Erbfolge unter bürgerlichen Eheleuten in der Residenzstadt Hannover vom 18. Juni 1830, § 2a; vergl. dazu Rudorff, S. 429, Anm. 6.

[40]) Uber die Stellung des B. G.-B. zu dieser Frage vergl. oben § 8, S. 27.

[41]) Vergl. Steinacker, § 294, S. 645. Dieselbe Ansicht findet sich in: Gräflich Leiningen-Grünstädtische Successions- und Teilungsordnung von 1724, Tit. VI, § 6.

§ 12.

Die Ausgleichungspflicht setzt im Prinzip eine Zuwendung des Erblassers an den Abkömmling voraus.

Nach dem B. G.-B. sind nur Abkömmlinge der Ausgleichung unterworfen. Diese aber auch nur, insofern sie überhaupt erbberechtigt sind und zur Erbfolge gelangen, wie sich aus § 2050_1 ergiebt. Abkömmlinge sind daher nicht zur Ausgleichung verpflichtet, falls sie nicht zur Erbfolge gelangen. Aus welchem Grunde dies geschieht, ist belanglos. Die Ausgleichungspflicht greift infolge dessen nicht ein, wenn ein Abkömmling die Erbschaft ausschlägt (§ 1953), auf dieselbe verzichtet (§ 2346), für erbunwürdig erklärt wird (§§ 2344, 2345), ferner bei Totgeburt des nasciturus (§ 1923_2). Natürlich verliert nur diesem Abkömmling gegenüber die Ausgleichungsverbindlichkeit ihre Kraft, während sie bei den anderen Abkömmlingen ihre Wirkung äußert, falls überhaupt eine ausgleichungspflichtige Zuwendung bei einem derselben vorhanden ist.

Eine Ausnahme von der Regel, daß nur Abkömmlinge mit der Ausgleichungspflicht belastet sind, findet sich in § 2051_2. Nach diesem Paragraphen nämlich kann auch ein Ersatzerbe, der kein Abkömmling des Erblassers, ja überhaupt nicht mit ihm verwandt zu sein braucht, zur Ausgleichung verpflichtet sein.[42]) Dies dürfte die einzige Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip, daß nur Abkömmlinge der Ausgleichung unterliegen, sein. Ausgleichungspflichtig sind aber nicht nur die leiblichen, ehelichen Nachfolgen des Erblassers, sondern auch diejenigen, welche in der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes zum Erblasser stehen, wie z. B. an Kindesstatt Angenommene (§§ 1757, 1762), Legitimierte (§§ 1719), ehelich erklärte Kinder (§§ 1723, 1736), Kinder aus nichtigen Ehen (§ 1699) und uneheliche. Letztere aber nur bezüglich des Nachlasses der Mutter und deren Verwandten (§ 1705). Inwieweit solche Abkömmlinge auszugleichen haben, entscheidet § 2053_2, der unten in § 17 behandelt werden wird.

Der Ausdruck „Abkömmlinge" des § 2050_1 ist also nicht auf die ehelichen Nachkommen des Erblassers beschränkt, sondern umfaßt alle diejenigen, welche die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes dem Erblasser gegenüber erhalten.

---

42) Näheres darüber § 14.

Eine weitere Voraussetzung der Ausgleichungspflicht ist, daß die Abkömmlinge eine ausgleichungspflichtige Zuwendung seitens des Erblassers zu dessen Lebzeiten empfangen haben.[43])

§ 13.

§ 2051$_1$ bildet die hauptsächlichste Ausnahme von der Regel, daß nur mit erblasserischen Zuwendungen bedachte Abkömmlinge ausgleichungspflichtig sind.

Diese allgemeine Regel ist jedoch vielfach durchbrochen, so daß auch Erben, die selbst keine Zuwendung vom Erblasser erhalten haben, in gewissen Fällen der Ausgleichungspflicht unterworfen sind. § 2051$_1$ giebt die im Leben wohl am häufigsten vorkommende Ausnahme obenerwähnter Regel. Der Absatz 1 dieses Paragraphen bestimmt nämlich, daß Abkömmlinge, die an die Stelle von Abkömmlingen treten, welche vor oder nach dem Erbfall weggefallen sind, zur Ausgleichung verbunden sind hinsichtlich der dem weggefallenen Abkömmling gemachten erblasserischen Zuwendungen. Diese Abkömmlinge müssen also ihnen gar nicht Zugewendetes zur Ausgleichung bringen.

Gleichgültig ist hierbei der Grund des Wegfalls des Abkömmlings, mag derselbe durch Tod, Erbunwürdigkeit, Verzicht, Ausschlagung oder sonst wie hervorgerufen sein. Ohne Belang ist es auch, ob der weggefallene Abkömmling ein Vorfahre des an seine Stelle Tretenden ist oder nicht. § 2051$_1$ findet in gleicher Weise für Seitenverwandte des Weggefallenen, wie für dessen Abkömmlinge Anwendung, natürlich stets unter der Voraussetzung, daß sie Abkömmlinge des Erblassers sind. Ist z. B. ein Enkel schon gesetzlicher Erbe zur Zeit, als er die erblasserische Zuwendung erhält, und stirbt er vor dem Erblasser, so treten an seine Stelle seine Geschwister, vorausgesetzt, daß er keine Kinder hat, also auch nach § 2051$_1$ bezüglich der Ausgleichung. Dies Beispiel zeigt, abgesehen davon, daß nach § 2051$_1$ der an die Stelle des Weggefallenen Tretende nicht ein Abkömmling desselben, sondern nur ein solcher des Erblassers zu sein braucht, noch, daß es keinen Unterschied macht, ob der an die Stelle Tretende durch den Wegfall erst Erbe

---

[43]) Abkömmlinge haben daher nicht diejenigen Gaben zur Ausgleichung zu bringen, die ihren Kindern vom Erblasser gemacht worden sind.

wird oder ob sich dadurch sein Erbteil nur erhöht. In beiden Fällen wirkt die Ausgleichung gegen und für den an die Stelle des weggefallenen Abkömmlings Tretenden. Für den Fall, daß sich sein Erbteil durch den Wegfall nur erhöht, wird eine Beschwerung desselben hinsichtlich seines eigenen Erbteils durch die auf dem erhöhenden Erbteil ruhende Ausgleichungspflicht durch § 1935 verhindert, was unten in § 15 behandelt werden wird.

Es kommt ferner nicht darauf an, ob der an die Stelle des Weggefallenen tretende Abkömmling denselben beerbt hat und ob die Zuwendung auf andere Weise an ihn gelangt ist.[44]) Es müssen daher Enkel, die ihre Großeltern beerben, auch dann an die Eltern gemachte Zuwendungen zur Ausgleichung bringen, wenn sie ihre Eltern gar nicht beerbt haben, oder wenn sie deren Erben waren aber die ausgleichungspflichtigen Gegenstände resp. das an deren Stelle Getretene gar nicht in ihre Hände gelangt sind, denn die Ausgleichungspflicht lastet kraft Gesetzes auf dem Intestaterbteil.

Unerheblich ist endlich, ob der weggefallene Abkömmling kraft Gesetzes oder kraft letztwilliger Verfügung Erbe geworden ist.

Treten mehrere Abkömmlinge an die Stelle des Weggefallenen, so sind sie im Verhältnis der ihnen zugefallenen Erbteile zur Ausgleichung verpflichtet. Eine Ausgleichung braucht jedoch überhaupt nicht stattzufinden, falls durch den Wegfall des Abkömmlings die Erbteile aller neben diesem erbenden Abkömmlingen gleichmäßig wachsen oder mit anderen Worten, wenn alle ausgleichungspflichtigen Abkömmlinge, die an der Erbmasse teilnehmen, an seine Stelle treten. So z. B. der Erblasser hat 3 Söhne hinterlassen; stirbt der eine ohne Kinder, so erhöhen sich dadurch die Erbteile der beiden Brüder in gleichem Maße. In diesen Fällen ist eine Vollziehung der Ausgleichungspflicht überflüssig. Die Erbteile würden absolut nicht

---

44) Gegen diese Bestimmung wendet sich dem I. Entwurf gegenüber der Hannoversche Courier vom 8. September 1889. Derselbe will die Ausgleichungspflicht des ferneren Abkömmlings, abgesehen von dem Fall, daß derselbe durch Ausschlagung des näheren Abkömmlings Erbe werde, auf dasjenige beschränken, was von der Zuwendung an ihn gekommen ist.

dadurch geändert, da sich die Ausgleichung nur als eine rechnerische Operation darstellen würde.[45])

§ 2051_1 kommt ferner dann nicht zur Anwendung, falls der wegfallende Abkömmling schon endgültig (gemäß §§ 1952, 1953) Erbe geworden war, eine Auseinandersetzung aber noch nicht stattgefunden hatte. In diesem Falle sind seine Erben zur Ausgleichung verpflichtet, gleichgültig, ob sie Abkömmlinge des ersten Erblassers sind oder nicht, denn auf sie ist in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Weggefallenen dessen mit der Ausgleichungspflicht belasteter Erbteil übergegangen.

Ist ein Abkömmling durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so unterliegen seine Abkömmlinge nur dann der Ausgleichungspflicht, falls gemäß § 2349 letzter Satz der Verzicht nicht auf sie erstreckt war.

Die Vorschrift des § 2051_1 kann nicht von dem Repräsentationsrecht der entfernteren Abkömmlinge abgeleitet werden; denn das B. G.-B. giebt ihnen kein Repräsentationsrecht, sie erben vielmehr kraft eigenen Erbrechts. Die Bestimmung des § 2051_1 ergiebt sich als Folge des der Ausgleichungslehre zu Grunde liegenden Gedankens und aus Rücksicht auf die Billigkeit.

Der Grundgedanke der Ausgleichung ist, wie wir wissen, ein präsumtiver Wille des Erblassers der Gleichstellung aller seiner Kinder hinsichtlich bestimmter Vorempfänge. Zur Verwirklichung dieses Willens ist die Berücksichtigung gewisser Zuwendungen erforderlich. Fällt nun ein Kind, das schon ausgestattet ist, weg, so würde ohne § 2051_1 die Erbportion, die für dieses Kind bestimmt war, von der Ausgleichung befreit sein. Hierdurch würden die anderen Kinder benachteiligt, denn die an die Stelle des weggefallenen Kindes tretenden Abkömmlinge würden dessen Erbquote ohne die darauf lastende Ausgleichungspflicht erhalten. Dieser Erbteil käme ganz zur Auszahlung ohne Anrechnung des Vorempfangs, den der weggefallene Abkömmling empfangen; den andern Kindern aber würden ihre Zuwendungen bei der Auseinandersetzung auf ihren

---

[45]) E 30 000
A B C
3000

Z. B. der Nachlaß betrüge 30 000, Sohn B hätte 3000 erhalten, so hätten A und C je die Hälfte davon zur Ausgleichung zu bringen, weil sie zu gleichen Teilen an seine Stelle getreten sind. Also bekämen sie je

$$\frac{30\,000 + 1500 + 1500}{2} - 1500 = 15\,000.$$

Dasselbe Resultat, als wenn sie den reinen Nachlaß unter sich teilen würden.

Erbteil angerechnet. Hätten sie jedoch überhaupt keine ausgleichungspflichtigen Zuwendungen vom Erblasser erhalten, so wären sie erst recht im Nachteil, da dem vorbedachten Kinde die Zuwendung vom Erblasser nur unter der anzunehmenden Voraussetzung, seine übrigen Kinder in gleicher Weise zu bedenken, gemacht worden ist und diese zu vermutende Absicht des Erblassers durch nichts eine Widerlegung gefunden hat. In allen diesen Fällen würde ohne § 2051_1 ein dem präsumtiven Willen des Erblassers widersprechendes Resultat geschaffen; denn das weggefallene Kind hätte den übrigen Kindern gegenüber das ihm Zugewendete im voraus. Die anderen Kinder wären dadurch geschädigt, da sie entweder die ihnen gemachten Zuwendungen zur Ausgleichung bringen müßten oder bei Nichtvorhandensein solcher Gaben an dem dem Weggefallenen Zugewendeten infolge des Nichtstattfindens der Ausgleichung nicht beteiligt würden. Die übrigen Kinder würden also keineswegs bezüglich des Vorausempfangs dem Weggefallenen gleichgestellt, während doch der Erblasser durch seine Gaben keinen Nachteil der anderen Abkömmlinge herbeiführen wollte.

Ein solches Resultat zu verhindern und den präsumtiven Willen des Erblassers zu verwirklichen, bezweckt § 2051_1. Durch diesen Paragraph kommt auch bei Wegfall des Kindes die Ausgleichung zur Anwendung. Die Benachteiligung bezüglich des Vorempfangs ist also behoben.

Außerdem sind aber noch Billigkeitsrücksichten für die Einführung dieses Paragraphens maßgebend gewesen. (Mot. V, S. 705.) Fehlte dieser Paragraph, so könnte z. B. ein Sohn, der vom Vater schon fast soviel, als sein Erbteil beträgt, zugewendet erhalten hat, die Erbschaft ausschlagen und dadurch bewirken, daß sein ganzer Erbteil ohne Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht, also ohne jeden Abzug seinen Kindern, als Erben anfiele und auf diese Weise die anderen Abkömmlinge benachteiligt würden.

Solche Manipulationen, welche die Ausgleichung in die Willkür des Erben stellen würden, macht § 2051_1 wirkungslos, welcher die an die Stelle des Weggefallenen tretenden Abkömmlinge zur Ausgleichung verpflichtet.

Nach gemeinem Recht haben Enkel die ihren Eltern gemachten Zuwendungen nur insoweit zu konferieren, als dieselben an sie gelangt sind. Dieser Ansicht sind u. a. Windscheid III § 610 Anm. 20, Vangerow II § 516 Anm. 2 I, 4, 1, Fein § 61

S. 355, Sintenis III § 189 Nr. 19, Puchta § 504 Note 1, Göschen III § 969 S. 476, Seuffert § 589₄. Unbedingte Kollation, gleichviel ob die Enkel ihren parens praedefunctus beerbt haben oder nicht, fordern Arndts R.-B. III S. 843, Zimmermann S. 413, Pfizer §§ 85, 93, Schweppe § 863, v. Wening V § 180. Diese letzteren leiten ihre Ansicht teils aus dem Begriff des Repräsentationsrechts der Enkel her, teils berufen sie sich auf § 19 C. 6, 20 und Nov. 118 c 1.

Gegen jede Kollation hat sich Brinz 1. Aufl. S. 727 ausgesprochen.

Dieselbe Bestimmung wie das B. G.-B. enthalten das sächsische B. G.-B. § 2359, das allgemeine Landrecht Teil II Tit. 2 §§ 359—365, das Zürcher G.-B. § 1911, der hessische Entwurf Art. 233 und das österreichische G.-B. § 790. In diesem Sinne äußern sich auch das bayrische Landrecht III, 1 § 15 Nr. 15, das Bamberger Landrecht 98 § 3, erneuerte Frankfurter Reform von 1611 Teil VI Tit. 5 § 6, revidirtes Landrecht des Herzogtums Preußen von 1685 und das verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen von 1721 Buch V Tit. 14 Art. 2 § 4, das Landrecht der Markgrafenschaft Baaden von 1710 Teil VI Tit. 15 § 4, das Mayntzische Landrecht von 1755 Tit. XVII § 15, Landrecht des Hochstifts und Fürstentums Bamberg von 1769 Teil I, Anhang 2, Tit. 6 § 16; dagegen spricht sich das lübecksche Gesetz von 1862 Art. 15 aus.

Der code civil Art. 848 beschränkt die obenerwähnte Bestimmung auf den Fall, daß der entferntere Abkömmling ex jure repraesentationis eintritt. Das italienische Gesetzbuch Art. 1005 läßt für den Fall, daß der Abstämmling kraft Stellvertretungsrechts zur Erbfolge gelangt, dasjenige, was dessen Ascendenten geschenkt worden ist, konferieren auch dann, wenn er auf dessen Erbschaft verzichtet. Erbt er kraft eigenen Rechts, so ist er hinsichtlich der Geschenke an seinen Ascendenten nicht kollationspflichtig.

§ 14.

§ 2051₂ bildet eine weitere Ausnahme von der Regel, daß nur mit erblasserischen Zuwendungen bedachte Abkömmlinge ausgleichungspflichtig sind.

Eine weitere Ausnahme von der Regel, daß die Ausgleichungspflichtigen eine gewisse Zuwendung vom Erblasser erhalten haben müssen, um der Ausgleichung zu unterliegen, enthält

der 2. Absatz des § 2051. Hiernach ist der Ersatzerbe (§§ 2096, 2102), den der Erblasser für einen Abkömmling eingesetzt hat, beim Wegfall desselben zur Ausgleichung der an den Weggefallenen vom Erblasser gemachten Zuwendungen verpflichtet, denn im Zweifel ist anzunehmen, daß der Ersatzerbe nicht mehr erhalten solle, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht empfangen haben würde.

Diese gesetzliche Auslegungsregel des erblasserischen Willens beruht auf der Erwägung, daß es bei Einsetzung eines Ersatzerben gewöhnlich im Sinn des Erblassers liegt, der Ersatzerbe solle auch nur soviel, als der weggefallene Abkömmling erhalten haben würde, bekommen. Würde der Ersatzerbe nun nicht zur Ausgleichung verpflichtet, so würde er mehr als der weggefallene Abkömmling erben, da letzterer ja der Ausgleichung unterliegt, mithin sich seine Zuwendung auf den Erbteil anrechnen lassen muß. Zur Beseitigung dieser Ungleichheit ist § 2051_2 gegeben. Zu übersehen ist jedoch nicht, daß in diesem Absatz nur eine auf der Willensauslegung beruhende gesetzliche Vermutung gegeben ist, worauf die Worte „im Zweifel" hindeuten und daß aus diesem Grunde eine Widerlegung des vermuteten erblasserischen Willens stattfinden kann.

Ohne Belang ist, ob der Ersatzerbe ein Abkömmling des Erblassers oder gar nicht mit ihm verwandt ist. Gleichgültig ist ferner, ob die Zuwendungen an den Ersatzerben gelangt sind oder nicht. Auch macht es keinen Unterschied, ob der weggefallene Abkömmling bei gesetzlicher oder bei gewillkürter Erbfolge ausgleichungspflichtig war. Für letzteren Fall könnte die Stellung des § 2052 hinter 2051_2 Bedenken erregen, sowie daß in § 2052 nur von Abkömmlingen geredet ist. Natürlich sind die in § 2051 Erwähnten nur dann zur Ausgleichung verpflichtet, wenn sie wirklich zur Erbschaft gelangen, gemäß § 2050_1. § 2051 kann daher wiederholt zur Anwendung gelangen.

Durch Abs. 2 des § 2051 ist nur die Pflicht des Ersatzerben, den Vorempfang des Weggefallenen zur Ausgleichung zu bringen, begründet, während er in die Rechte desselben auf Ausgleichung den anderen Abkömmlingen gegenüber nicht eintritt.[46]) Der Ersatzerbe soll, wie das Gesetz lautet, nicht mehr erhalten, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde. Mit den Worten „unter Be-

[46]) Vergl. Endemann, III, § 112, Anm. 15.

rücksichtigung der Ausgleichungspflicht" ist nur die Ausgleichungspflicht des weggefallenen Abkömmlings gemeint und nicht auf die Ausgleichungspflicht auch der anderen Abkömmlinge hingewiesen. Wäre Letzteres beabsichtigt, so wären die vorhergehenden Worte „nicht mehr" unrichtig; denn wie sollte der Ersatzerbe bei Berücksichtigung der Ausgleichungsverbindlichkeit aller Abkömmlinge mehr erhalten können, als der Weggefallene. Dies wäre nur möglich, wenn mit den fraglichen Worten die Ausgleichungspflicht des Weggefallenen gemeint ist.

Der Ersatzerbe soll nach dem Willen des Erblassers gerade das erhalten, was dem weggefallenen Abkömmling zugedacht ist. Diese Erwägung berechtigt zur Aufstellung der Auslegungsregel, der Erblasser habe den Ersatzerben der dem weggefallenen Abkömmling obliegenden Ausgleichungspflicht unterwerfen wollen, während die Vermutung nicht dafür spricht, der Erblasser habe die Absicht gehabt, den Ersatzerben an den Vorteilen der die anderen Abkömmlinge belastenden Ausgleichungspflicht teilnehmen zu lassen.[47])

Anders verhält es sich jedoch, wenn der Ersatzerbe ein Abkömmling des Erblassers ist, der so wie so infolge seines gelichen Erbrechts an Stelle des Weggefallenen getreten wäre. Ein solcher Ersatzerbe ist in gleichem Maße, wie der weggefallene Abkömmling an der Ausgleichungsverbindlichkeit der anderen Miterben beteiligt. In diesem Fall würde der eintretende Abkömmling durch die in § 2051_2 gegebene Auslegungsregel des erblasserischen Willens den anderen Abkömmlingen gegenüber benachteiligt sein; ein Resultat, welches nicht der Absicht des Erblassers entsprechen dürfte, da es sich ja hier um einen Abkömmling handelt, der auch ohne die Einsetzung als Ersatzerbe an Stelle des Weggefallenen getreten wäre. Dieser Abkömmling hätte also ohne Einsetzung als Ersatzerbe an der Ausgleichungspflicht der anderen Abkömmlinge als Berechtigter teilgenommen. Es ist daher nicht zu vermuten, daß der Erblasser durch die Einsetzung als Ersatzerbe eine Verschlechterung der erbrechtlichen Stellung des betreffenden Abkömmlings gewollt hat.

§ 2051_2 findet infolgedessen für diesen Fall keine Anwendung, da in dieser Hinsicht der erblasserische Wille anders,

---

[47]) Das B. G.-B. von Wilke, Reatz etc. erklärt die Fassung des B. G.-B. nicht klar genug, um diese Vermutung abzuschneiden.

als in der in § 2051_2 gegebenen Auslegungsregel, zu vermuten ist. § 2051_2 besitzt also nur dann Geltung, wenn ein Nichtabkömmling oder ein Abkömmling, der nicht auch als gesetzlicher Erbe an Stelle des Weggefallenen treten würde, als Ersatzerbe berufen ist.

§ 15.

Beschränkung der Ausgleichungspflicht der nach § 2051 zur Ausgleichung Verpflichteten durch §§ 1935, 2095.

Die in § 2051 angeordnete Ausgleichungspflicht erleidet durch §§ 1935, 2095 gewisse Beschränkungen.

Nach § 1935 soll, wenn sich durch den Wegfall eines gesetzlichen Erben vor oder nach dem Erbfall der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben erhöht, der Teil, um den sich der Erbteil erhöht, in Ansehung von Vermächtnissen und Auflagen und — was hier allein interessiert — in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil gelten. Dieselbe Bestimmung enthält § 2095 hinsichtlich des einem testamentarischen Erben durch Wegfall eines anderen testamentarischen Erben zu dem ursprünglichen Erbteil zugewachsenen Teils.

Diese Paragraphen begründen keine neue Ausgleichungspflicht, sondern beschränken vielmehr die in § 2051 angeordnete.

Nach § 2051 geht, wie oben erwähnt, die Ausgleichungspflicht des vorbedachten Abkömmlings mit dessen Wegfall auf den an seine Stelle tretenden Abkömmling über. Durch diese Ausdehnung der Ausgleichungspflicht können leicht Härten und Unbilligkeiten hervorgerufen werden, so z. B. wenn der wegfallende Abkömmling mehr der Ausgleichung unterliegende Zuwendungen erhalten hätte, als der auf ihn entfallende Teil der Erbschaft ausmacht. Der an Stelle des Weggefallenen tretende Abkömmling würde in diesem Fall durch die Ausdehnung der Ausgleichungspflicht benachteiligt werden, da er ja noch von seinem Erbteil zusteuern müßte, um der Ausgleichungspflicht des Weggefallenen genügen zu können.

Um solchen Unbilligkeiten zu begegnen, müssen Vorkehrungen getroffen werden, daß der an Stelle des Weggefallenen Tretende nicht in höherem Maße zu haften braucht, als der ihm durch den Wegfall erwachsene Vorteil reicht.

Dieses wird nun durch die Bestimmung der §§ 1935, 2095 erreicht, da nach diesen Paragraphen in Ansehung der Ausgleichungspflicht der Teil, um den sich der ursprüngliche Erbteil des an die Stelle des Weggefallenen Tretenden durch den Wegfall erhöht resp. der anwächst, als besonderer Erbteil gelten soll. Mit anderen Worten der Erbteil, welcher ursprünglich mit der Ausgleichungspflicht belastet ist, bleibt allein damit beschwert und der Erbteil, welcher durch den belasteten Erbteil erhöht ist, ist diesem gegenüber ausgleichungsberechtigt. Der Erbe ist daher nicht genötigt etwas bei Überschwerung des anfallenden Erbteils aus seinem eigenen Erbteil zur Ausgleichung beizusteuern; er braucht auch nicht, falls sein eigener Erbteil durch Vorempfang belastet ist, aus dem Erbteil des Weggefallenen zuzuschießen, um der seinem Erbteil obliegenden Ausgleichungspflicht genügen zu können.

Eine solche Beschränkung der Ausgleichungspflicht zum Schutz des Erben, dessen Erbteil sich erhöht, ist um so berechtigter, als es sich um Erbteile handelt, die nicht getrennt werden können. Nur eine einheitliche Annahme oder Ausschlagung ist möglich. Selbst dann ist gemäß § 1951_2 mit der Annahme des erstangefallenen Teils der zweite angenommen, wenn letzterer auch erst zum Anfall kommt. Daß der so aufgezwungene Erbteil für die Erben ohne Nachteil bleiben soll, ist nur billig.[48])

Schließlich spricht für die Einführung der §§ 1935, 2095 der anzunehmende Wille des Erblassers, daß auf denjenigen Erbteil die Ausgleichungspflicht beschränkt bleiben soll, welcher nach der Absicht des Erblassers eigentlich beschwert sein sollte.

Die Frage, ob die Bestimmung der in Rede stehenden Paragraphen lediglich für den Fall des Bestehens einer Ausgleichungspflicht hinsichtlich des erhöhenden resp. anwachsenden Erbteils Geltung haben solle, ist zu verneinen. Dieselben sollen vielmehr auch dann zur Anwendung gelangen, wenn nur der ursprüngliche Erbteil ausgleichungspflichtig ist.[49]) Hierauf läßt die Fassung der §§ 1935, 2095 schließen. Wäre die Bejahung obengestellter Frage beabsichtigt, so hätte hervorgehoben werden müssen, daß nur bezüglich der auf ihm lastenden Ausgleichungspflicht der erhöhende resp. anwachsende Erbteil als

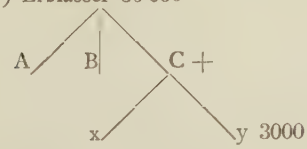
[48]) Vergl. Hachenburg, S. 429.
[49]) Vergl. Strohal, S. 82; Böhm, § 79, S. 300.

besonderer Erbteil anzusehen sei. Dies ist aber nicht geschehen, vielmehr ganz allgemein „in Ansehung der Ausgleichungspflicht" gesagt. Es finden infolge dessen §§ 1935, 2095 sowohl für den Fall der Überschwerung des erhöhenden als für den Fall der Überschwerung des eigentlichen Erbteils Anwendung.

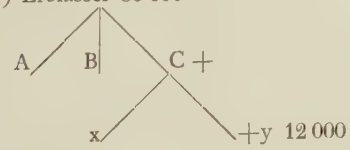
Die Berechtigung der §§ 1935, 2095 wird sich am besten an einigen Beispielen beweisen lassen.

Der Erblasser hinterläßt z. B. zwei Söhne A und B und zwei Söhne seines vorverstorbenen Sohnes C, x und y, von denen der mit 3000 ausgestattete y vor dem Erblasser gestorben ist. Der Nachlaß beträgt 36 000.[50]) In diesem Fall würde sich auch ohne § 1935 eine Benachteiligung des x nicht ergeben. Den Erbteil des y erhält sein Bruder x. Der Nachlaß wird gemäß § 2055 geteilt; es erhalten also A und B je $^2/_6$, x als eigenen Erbteil $^1/_6$, der durch den Wegfall des y um $^1/_6$ erhöht wird, also $^2/_6$. Der Nachlaß beträgt 36 000 + 3000 = 39 000. Es erhalten A und B je 13 000, y $\frac{36\,000 + 3000}{3} - 3000 = 10\,000$. Wäre y am Leben, so würde x nur $^1/_6 = 6500$ bekommen; er ist also nicht durch das Wegfallen des y und das dadurch stattgefundene Übergehen der Ausgleichungspflicht benachteiligt, sondern zu seiner früheren Erbstellung im Vorteil. Ganz anders verhält es sich jedoch, wenn der Erbteil des y überschwert ist, er vielleicht mit 12 000 ausgestattet wäre.[51]) In diesem Fall erhalten nach § 2055 A und B je $^1/_3$ von 36 000 + 12 000 = 16 000, x aber $\frac{36\,000 + 12\,000}{3} - 12\,000 = 4000$; ohne den Erbteil des y hätte x $^1/_6 = \frac{36\,000 + 12\,000}{6} = 8000$ bekommen; er ist also durch den Anfall des y'schen Erbteils stark benach-

50) Erblasser 36 000



51) Erblasser 36 000



teiligt; er erhält nicht nur nichts von demselben, sondern vermindert sogar noch seinen Erbteil. Dieses Resultat vermeidet § 1935. Nach diesem gilt der dem x angefallene Erbteil des y hinsichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil. Der Erbteil des y ist überschwert $\frac{36\,000 + 12\,000}{6} - 12\,000 =$ -4000; gemäß § 2056 wird daher in der Weise geteilt, daß der Wert der Zuwendung und der Erbteil des betreffenden Miterben außer Ansatz bleiben. Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, daß der überschwerte Erbe überhaupt nicht als vorhanden angesehen werde; die Erbteile werden vielmehr unter Hinzuziehung des Erben berechnet. Fällt nun der überschwerte Erbe aus, so bleiben die übrigen Erben in ihren Erbverhältnissen zu einander unberührt. Es ändert sich nur der Nenner, nicht aber der Zähler des Jedem gebührenden Teils der Erbschaft. Es scheidet daher bei der Nachlaßverteilung die Zuwendung von 12 000 an y und der Erbteil desselben aus. Der Nachlaß wird nun gemäß § 2047 unter A, B und x geteilt im Verhältnis von 2 : 2 : 1, es erhalten also A und B je $^2/_5$ von 36 000 = 14 400, x $^1/_5$ = 7200.[52]) x hätte ohne den Erbteil des y nur $^1/_6$ = 6000 erhalten, ist also mit Hilfe der § 1935 und 2056 nicht durch die auf ihn gekommene Ausgleichungspflicht des y benachteiligt.

Ebenso wird § 1935 anzuwenden sein, falls der ursprüngliche Erbteil des x mit einer Ausgleichungspflicht überschwert ist; x hätte z. B. statt y die 12 000 Ausstattung erhalten. Der Erbteil des y $^1/_6$ würde dem x zufallen; der Erbteil des x $^1/_6$ wäre aber $\frac{36\,000 + 12\,000}{6} - 12\,000 = -4\,000$, also überschwert. Da nun aber die Ausgleichungspflicht ohne § 1935 auch den an x fallenden Erbteil des y belasten würde, so würde x nur $\frac{36\,000 + 12\,000}{3} - 12\,000 = 4\,000$ erhalten, also noch von dem Erbteil des y die Hälfte zur Deckung seiner eigenen Ausgleichungspflicht zusteuern müssen. Nach § 1935 ist aber der anfallende Erbteil des y als besonderer Erbteil anzusehen; er darf daher nicht, um der Ausgleichungspflicht des x zu genügen, herangezogen werden. Der Erbteil des x ist, wie oben gezeigt,

---

[52]) Über die Berechnungsart nach § 2056 wird unten bei Besprechung dieses Paragraphen zu handeln sein, da dieselbe nicht unbestritten ist.

überlastet. Bei der Nachlaßverteilung bleibt daher gemäß § 2056 die Ausgleichungspflicht und der Erbteil des x außer Ansatz und der Nachlaß wird gemäß § 2047 unter A, B und x, als Vertreter des Erbteils des y, nach dem Verhältnisse ihrer ihnen unter Mitrechnung des x zukommenden Erbquoten geteilt, also wie 2 : 2 : 1; A und B erhalten also je $^2/_5 = 14\,400$, x als Erbteil des y $^1/_5 = 7\,200$.

Ist der mit der Ausgleichungspflicht belastete Erbteil nicht überschwert, so ist eine solche besondere Berechnung der Erbteile nicht erforderlich. Hat z. B. y nur 3000 erhalten, so bekommt A, B und x je ein Drittel (x natürlich unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht) A und B also je 13 000, $x = \frac{36000 + 3000}{3} - 3000 = 10\,000$.

In diesen Fällen ist die einfachere Berechnungsart vorzuziehen, da ja x immer durch den Erbteil des y mehr erhält als von ihm zur Ausgleichung für y zu bringen ist, also die für §§ 1935, 2095 maßgebende Besorgnis durch den Erbanfall keine Schädigung des erhöhten Erbteils zu bewirken, hier nicht vorliegt.

Die Bestimmungen der §§ 1935, 2095 sind dispositiven Charakters. Der Erblasser kann daher durch besondere Verfügungen Abänderungen hinsichtlich der Bestimmungen dieser Paragraphen treffen.

Bezüglich § 2095 ist nicht zu übersehen, daß nur im Fall des § 2052 die Regeln von der Ausgleichung zur Anwendung gelangen. Bei der Anwachsung kommt also eine Ausgleichungspflicht nur für den Fall in Betracht, daß der Erblasser gemäß § 2052 an der gesetzlichen Erbfolge festgehalten oder die Erbteile so bestimmt hat, daß sie zu einander im Verhältnis der gesetzlichen Erbteile stehen.

§ 16.

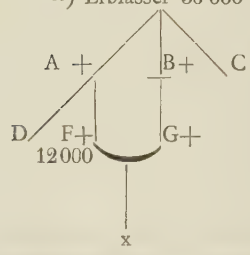
Beschränkung der Ausgleichungspflicht durch § 1927.

Eine weitere Beschränkung der Ausgleichungspflicht auf einen Erbteil findet sich in § 1927. Nach diesem Paragraph erhält, wer in der 1., 2. oder 3. Ordnung verschiedenen Stämmen angehört, den in jedem dieser Stämme ihm zufallenden Erbteil. Jeder Anteil gilt als besonderer Erbteil. Es kann also bei ursprünglicher Berufung eines Abkömmlings auf mehrere Erbteile nur einer der Erbteile ausgleichungspflichtig sein. Wird

z. B.[53]) ein Urenkel, der aus einer Ehe zweier Enkel des Erblassers hervorgegangen ist, gesetzlicher Erbe des Erblassers sowohl vom Vaterstamm als vom Mutterstamm aus, so ergreift bei einer Überschwerung mit einer Ausgleichungspflicht des Vaterstammes hinsichtlich einer dem Vater oder väterlichen Großvater gemachten erblasserischen Zuwendung diese Ausgleichungspflicht nicht auch den dem Urenkel zukommenden Erbteil des Mutterstammes. Der Urenkel erhält, da er durch seine Eltern verschiedenen Stämmen angehört, vom Vater- und Mutterstamm seine Erbteile. Diese Erbteile gelten als besondere Erbteile natürlich auch hinsichtlich der Ausgleichungspflicht, also lastet die den Vaterstamm überschwerende Ausgleichungspflicht nicht auch auf dem Mutterstamm. Weitere Beispiele wären, wenn ein Mann das Kind seiner unehelichen Tochter an Kindesstatt annimmt. Hierdurch erlangt es die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (§ 1757). Dieser Mann heiratet darauf die Frau, mit der er die uneheliche Tochter gehabt hat, also die Großmutter des angenommenen Kindes. Durch die

---

[53]) Erblasser 36 000



Der Erblasser hat 3 Söhne A, B und C. A und B sterben vor dem Vater, ersterer mit Hinterlassung zweier Söhne D und F, letzterer mit Hinterlassung einer Tochter G. Vetter F heiratet Base G. Aus ihrer Ehe entstammt der Sohn x. F und G sterben aber auch vor dem Erblasser, ihrem Großvater. Der Nachlaß beträgt 36 000. Enkel F hat eine Zuwendung von 12 000 erhalten. An Stelle des F tritt sein Sohn x, dieser ist also auch ausgleichungspflichtig für ihn. x erhält einmal den Erbteil des Mutterstammes mit $1/3$ und anderseits durch den Vaterstamm $1/6$, da er mit seinem Onkel D anstelle des A, der $1/3$ erhalten hätte, tritt. x bekommt also $1/3 + 1/6 = 3/6 = 1/2$ des Nachlasses. Der Nachlaß beträgt 36 000 + 12 000 Zuwendung = 48 000; also wäre der Erbteil ohne § 1927 $\frac{36\,000 + 12\,000}{2} - 12\,000 = 12\,000$. Hätte x allein vom Mutterstamm aus geerbt, so würde er $1/3 = 16\,000$ erhalten haben; er ist also durch sein Miterben vom Vaterstamm her benachteiligt, da er nur 12 000 bekommt. Um dies zu verhindern, gilt der Erbteil des x vom Mutterstamm und der vom Vaterstamm als besonderer Erbteil, d. h. eine auf dem einen Erbteil ruhende Ausgleichungspflicht darf sich nicht auf den andern zu dessen Nachteil erstrecken. In vorliegendem Fall würde der Erbteil vom Vaterstamm des x und die Zuwendung an diesen Stamm gemäß § 2056 wegen Überschwerung außer Ansatz bleiben und der Nachlaß unter C, x und D im Verhältnis ihrer Erbteile oder wie 2 : 2 : 1 geteilt werden. C erhält 14 400, x 14 400 und D 7200.

nachfolgende Ehe werden aber gemäß §§ 1719, 1722 auch die Abkömmlinge des unehelichen Kindes legitimiert. Infolge dessen erlangt das angenommene Kind durch die Ehe seiner Großmutter die Stellung als Enkel. Es ist daher als Kind infolge seiner Annahme und als Enkel infolge seiner Legitimation Erbe des Erblassers, da gemäß § 1764 Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verhältnis zwischen dem angenommenen Kinde und seinen Verwandten ergeben, durch die Annahme an Kindesstatt nicht berührt werden.[54]) Nimmt man nun weiter an, die Mutter dieses Kindes erhielte nach der Legitimation eine Zuwendung des Erblassers und aus der Ehe des Erblassers gingen noch zwei Kinder hervor, so kann es für den Fall, daß die Mutter der Kinder vor dem Erblasser stirbt, von Wichtigkeit sein, daß die dem Kinde zustehenden verschiedenen Erbteile als besondere Erbteile gelten, falls die erblasserische Zuwendung an dessen Mutter deren Erbteil überschweren würde.

Erhält ein in mehrfacher Beziehung erbberechtigtes Kind selbst eine Zuwendung, so wird die Ausgleichungspflicht auf allen ihm zukommenden Erbteilen lasten, da nicht zu vermuten ist, der Erblasser habe diese Zuwendung dem Kinde nur rücksichtlich einer der mehreren verwandtschaftlichen Beziehungen gemacht und damit die Ausgleichung auf diesen Erbteil beschränken wollen.'

Die durch §§ 1935, 2095 angestrebte Verhinderung der Überlastung eines Erben durch die Ausgleichungspflicht kann in gewissen Fällen zu unbilligen Resultaten führen. Nimmt man z. B. an, der Erblasser habe 3 Söhne A, B, C und A mit 60000 ausgestattet, so würde bei Vorversterben der Ehefrau aus dem Nachlaß des Erblassers von 90 000 A nichts erhalten, da er überschwert ist, B und C je 45 000. Heiratet jedoch der Erblasser zum zweiten Male und entstammen aus dieser Ehe drei Töchter x, y, z, so würden bei einem jetzt eintretenden Tode des Erblassers die Ehefrau $^1/_4$ erhalten; die Erbteile der Kinder aus erster und zweiter Ehe würden je $^1/_8$ betragen. Die Ehefrau erhielte also 22 500. A natürlich nichts, da sein Erbteil überschwert ist; B, C, x, y, z je 13 500, da sie sich in die übrigbleibenden Nachlaßmasse im Verhältnis ihrer Erbteile teilen. Stirbt aber vor dem Tode des Erblassers die zweite

54) Es ist jedoch nicht unbestritten, ob einem solchen Kinde eine mehrfache Erbfolgeberechtigung zusteht.

Ehefrau und die drei Töchter x, y, z aus zweiter Ehe, so erhöhen sich dadurch die Erbquoten an A, B und C von $^1/_8$ auf je $^1/_3$; die Erbquote des A hat sich von $^1/_8 = {}^3/_{24}$ auf $^1/_3 = {}^8/_{24}$ erhöht; nach § 1935 gilt aber der Teil, um den sich der Erbteil eines gesetzlichen Erben durch Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben vor oder nach dem Erbfall erhöht, als besonderer Erbteil; es ist mithin A nur in Höhe seines eigentlichen Erbteils $^3/_{24}$ ausgleichungspflichtig, auf den anderen $^5/_{24}$ lastet gemäß § 1935 die Ausgleichung nicht. A's eigentlicher Erbteil von $^3/_{24}$ ist durch seinen Vorempfang überschwert, folglich teilen sich A, B und C im Verhältnis von $^5/_{24} : {}^8/_{24} : {}^8/_{24}$ in die Erbmasse. Es erhält mithin A $21\,428\,^{12}/_{21}$, B und C je $34\,285\,^{15}/_{21}$. A ist also durch § 1935 wesentlich im Vorteil, trotzdem seine eigentliche Erbquote von $^1/_3$ dieselbe geblieben ist, als wie sein Vater die zweite Ehe noch nicht eingegangen hatte und er bei einem damaligen Tode des Erblassers nichts erhalten hätte.

Solcher Unbilligkeiten wegen, die sich im Leben, wie aus dem Beispiel hervorgeht, selten ereignen werden, die Vorschriften der §§ 1935, 2095 zu tadeln, wäre nicht am Platze, da ohne sie wahrscheinlich viel größere Unbilligkeiten eintreten würden. Es rechtfertigt sich aber auch nicht wegen solcher eventuellen Unbilligkeiten, wie Cosack II § 390 Anm. 4 vorschlägt, bei Verminderung eines Erbteils durch nachträgliches Hinzutreten eines gesetzlichen Erben anzuordnen, daß der hinzutretende Erbe die Ausgleichungspflicht desjenigen Miterben, der durch das Hinzutreten in seinem Erbteil verkürzt wird, auf seinen Erbteil übernehmen soll. Natürlich könnte dies nur im Verhältnis der Minderung der Erbquote erfolgen. A würde in unserem Fall durch die zweite Ehefrau des Erblassers, die $^1/_4$ der Erbschaft erhält, eine Minderung seiner Erbquote von $^1/_3$ auf $^1/_4$ erfahren. Auf die Ehefrau den entsprechenden Teil der Ausgleichung wegen dieser Minderung zu übertragen, wäre nicht zulässig, da Ehegatten überhaupt nicht zu den Subjekten der Ausgleichung gehören. Durch x, y, z würde das Erbteil des A von $^1/_4$ auf $^1/_8$ vermindert. Diese müßten dann die der durch sie verursachten Minderung entsprechende Hälfte der Ausgleichungspflicht des A übernehmen, ob zu gleichen Teilen oder im Verhältnis danach, wie sich die Erbquote des A durch ihre Geburt allmählich (von $^1/_4$ durch x auf $^3/_{16}$, durch y auf $^3/_{20}$, durch z auf $^3/_{24}$) verringert hat, mag unentschieden bleiben. Daß die Ein-

führung einer solchen Maßregel ausgeschlossen ist, zeigt ein Blick auf die dadurch geschaffenen Verhältnisse. Abkömmlinge, die nichts vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erhalten hätten, müßten sich etwas auf ihren Erbteil anrechnen lassen, nur deshalb, weil sie durch ihre Geburt den Bruder in seinem Erbteil geschädigt hätten. Dem Grundgedanken der Ausgleichung einer Gleichstellung gewisser Vorempfänge halber würde dies vollständig widersprechen und ein der ganzen Ausgleichungslehre fremdes und nicht entsprechendes Verhältnis geschaffen werden. Außerdem würde durch eine solche Anordnung die im Beispiel gezeigte Unbilligkeit nicht ganz behoben werden, da durch den Tod von x, y, z die Erbquoten von A, B, C sich gleichmäßig erhöhen würden, aber auch die auf x, y, z lastende Ausgleichungspflicht auf sie gleichmäßig verteilen würde. A würde also immer noch gegen früher im Vorteil sein.

§ 17.

Beschränkung der Ausgleichungspflicht durch § 2053.

Die oben aufgestellte Regel, daß Abkömmlinge, die zur Erbschaft gelangen, im allgemeinen nur dann zur Ausgleichung verpflichtet sind, wenn sie eine Zuwendung vom Erblasser erhalten haben, findet außer in § 2051, nach dem Abkömmlinge, welchen selbst nichts vom Erblasser zugewendet ist, ausgleichungspflichtig sind, in § 2053 eine weitere Beschränkung.

Nach diesem Paragraph werden nämlich Abkömmlinge unter gewissen Voraussetzungen, trotzdem sie eine Zuwendung vom Erblasser bekommen haben, von der Ausgleichung dieser Zuwendung befreit. Eine solche Befreiung kommt vor allem denjenigen zu gute, die als entferntere Abkömmlinge vor Wegfall des sie von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings eine Zuwendung seitens des Erblassers empfangen haben.

Eine solche Bestimmung des § 2053 ist erforderlich, weil § 2050 alle Abkömmlinge, welche zur Erbfolge gelangen, der Ausgleichungspflicht unterwirft, ungeachtet, ob sie zur Zeit der Zuwendung zur Erbfolge berufen waren oder nicht.

Daß entferntere Abkömmlinge, wenn sie zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, dasjenige zur Ausgleichung zu bringen haben, was ihnen zu einer Zeit vom Erblasser zugewendet worden ist, als der sie von der Erbschaft ausschließende Abkömmling schon weggefallen war, entspricht der allgemeinen Regel des § 2050. Dies ist auch in allen Rechten anerkannt gewesen.

Dagegen kann es zweifelhaft sein, ob dies auch auf das vorher den entfernteren Abkömmlingen Zugewendete Anwendung finden soll. In diesen Fällen dürfte anzunehmen sein, daß die Zuwendung vorbehaltlos erfolgt ist. Es ist nicht zu vermuten, der Erblasser habe die später eventuell eintretende Möglichkeit, daß der entferntere Abkömmling sein gesetzlicher Erbe sein könne, bei der Zuwendung berücksichtigt. Der Erblasser wird vielmehr regelmäßig die Lage der Verhältnisse zur Zeit der Zuwendung im Auge haben, also bei der Zuwendung an einen entfernteren Abkömmling sich diesen nicht als seinen künftigen Erben vorstellen. Ist aber der Empfänger der Zuwendung zu dieser Zeit noch nicht kraft Gesetzes zur Erbschaft berufen, so kann für ihn eine Ausgleichungspflicht in diesem Augenblick auch gar nicht in Betracht kommen. Es spricht daher die Vermutung für eine vorbehaltlose Zuwendung seitens des Erblassers.

Zu Gunsten dieser Erwägung fällt noch ins Gewicht, daß es zunächst den Eltern nur obliegt, ihre Kinder auszustatten. Wenden sie nun ihren Enkeln zu Lebzeiten deren Eltern etwas zu, so müssen besondere Gründe hierfür maßgebend gewesen sein. Eine Begünstigung der Enkel liegt daher in diesen Fällen klar zu Tage.

Mit Rücksicht auf den, wie eben gezeigt, zu vermutenden Willen des Erblassers befreit § 2053 den entfernteren Abkömmling von der Ausgleichung solcher Zuwendungen, die er vom Erblasser erhalten, als der ihn von der Erbschaft ausschließende Abkömmling noch nicht weggefallen[55]) war.

Will nun der Erblasser auf die Möglichkeit, daß der entferntere Abkömmling sein Erbe werde, Rücksicht nehmen, so kann er die Ausgleichungspflicht besonders anordnen. Hinsichtlich der Form einer solchen Willenserklärung ist auf das für Anordnungen nach § 2050 Gesagte zu verweisen.[56])

Daß Vorfahren des bedachten entfernteren Abkömmlings nicht die an diesen gemachte Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen haben, braucht nicht besonders hervorgehoben werden und ist schon oben S. 41 ff. erwähnt worden. Gemäß § 2069 erlangt die Bestimmung des § 2053, auch für Erbeinsetzung der Abkömmlinge Bedeutung.

Zweifel können darüber entstehen, ob § 2053 auch dann Platz greift, wenn der Erblasser bei der Zuwendung in dem irr-

[55]) Vergl. Strutzki, S. 183, 188; Bähr, Gegenentwurf, § 1924.

[56]) Siehe oben § 27.

tümlichen Glauben sich befand, daß dem entfernteren Abkömmling ein näherer Abkömmling nicht mehr vorangehe. Die Anwendung des § 2053 auf vorliegenden Fall ist zu verwerfen.[57]) Der Grund der Bestimmung ist der mutmaßliche Wille des Erblassers, die Zuwendung nicht der Ausgleichung zu unterwerfen. Im vorliegenden Fall giebt aber der Erblasser dem entfernteren Abkömmling die Zuwendung in dem Glauben, daß dieser sein gesetzlicher Erbe sei, daß also auch auf ihm die gesetzliche Ausgleichungspflicht laste. Dieser Glaube ist zwar irrtümlich, aber die Absicht des Erblassers, die Zuwendung zur Ausgleichung bringen zu lassen, besteht doch, da er sonst eine besondere die Ausgleichung verbietende Anordnung getroffen hätte. Es ist nun billig, daß diese Absicht des Erblassers auch zur Wirkung komme; vielleicht hätte sonst der Erblasser die Zuwendung gar nicht gemacht oder mindestens eine auf die Ausgleichung abzielende Anordnung getroffen. Diese Erwägungen lassen es gerechtfertigt erscheinen, daß die subjektive Vorstellung des Erblassers bei den Worten „vor dem Wegfall" entscheidend ist und daß in diesem Fall trotz § 2053 die Ausgleichungspflicht eintritt.

Vor dem Worte „Wegfall" wird man daher einen Ausdruck wie „dem Erblasser bekannten", zu ergänzen haben.

§ 2053 des B. G.-B. folgt in seiner Auffassung dem A. L.-R. II, 2 § 363; der hessische Entwurf Art. 334; das württembergische Recht (Stein § 129) und Mommsen § 292 enthalten analoge Anordnungen.

Gegenteiliger Ansicht sind das sächsische B. G.-B. § 2358, das österreichische § 790 und der code civil Art. 846 (vergl. Zachariä IV S. 146).

Nach gemeinem Recht haben die Enkel alle Zuwendungen, die sie von dem Erblasser erhalten haben, zu konferieren, gleichviel, ob sie diese vor oder nach dem Tode ihres praedefunctus parens empfangen haben. Hierfür spricht, daß in l. 17 C. 6, 20 ganz allgemein Enkeln und Urenkeln die Pflicht auferlegt wird, die von den Großeltern empfangene dos und donatio propter nuptias zu konferieren, ohne irgend eine Berücksichtigung des Zeitpunktes dieser Zuwendungen. Für diese Ansicht fällt ferner noch ins Gewicht, daß die Annahme viel mehr für sich hat, der Erblasser habe den Enkeln als künftigen Teilhabern des Familien-

57) Derselben Ansicht sind Strohal, S. 82; Plank, Lief. 9, S. 208/209; Schiffner, § 24, S. 102; Böhm, § 78, S. 294.

vermögens die Zuwendung gemacht, als die, er habe die Zuwendungen den Enkeln als Fremden gegeben. Letzterer Ansicht ist Dernburg III § 141 S. 285, Pfizer §§ 86, 87, Roßhirt S. 434 ff. Gegenteiliger Ansicht Windscheid III § 610 Anm. 21, Vangerow II § 516 S. 404, Fein § 62 S. 362 ff.

Durch den zweiten Entwurf ist eine Ausdehnung des ersten Absatzes des § 2053 auf die als Ersatzerben erbenden Abkömmlinge nötig geworden. Im ersten Entwurf war die Ausgleichungspflicht auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt, also Bestimmungen über Ersatzerben entbehrlich. Entwurf II hat die Ausgleichungspflicht auf gewisse Fälle gewillkürter Erbfolge erweitert. Es ist dadurch die Berücksichtigung der Ersatzerben erforderlich geworden. Dies ist in § 2051_2 geschehen. Diese Erweiterung der Ausgleichungspflicht ließ eine Ausdehnung des in Abs. 1 Teil I § 2053 ausgesprochenen Gedankens angebracht erscheinen. Denn nicht minder als für den im 1. Teil des Absatz 1 behandelten Fall des gesetzlichen Erben greift für den als Ersatzerben eintretenden Abkömmling die Erwägung Platz, daß der Erblasser bei einer Zuwendung an die Ersatzerben, die zu einer Zeit erfolgt ist, als der weggefallene Abkömmling noch lebte, nur die Verhältnisse zu dieser Zeit im Auge gehabt hat, also den Ersatzerben noch nicht als seinen definitiven Erben betrachtet hat. Demgemäß ist, wie schon oben gezeigt, eine solche Zuwendung der Ausgleichung nicht zu unterwerfen; es bestimmt daher § 2053_1, daß auch Ersatzerben, die an Stelle eines anderen Erben treten, hinsichtlich der Zuwendungen, die sie vor Wegfall des Letzteren erhalten haben, der Ausgleichung nicht unterliegen. Daß es sich nur um solche Zuwendungen handelt, geht zwar ganz klar aus dem Gesetzestext nicht hervor, ergiebt sich aber aus dem diesem Paragraph zu Grunde liegenden Gedanken.

Nicht zu übersehen ist, daß nach § 2053 nur als Ersatzerben eintretende Abkömmlinge in Betracht kommen. Hinsichtlich anderer Ersatzerben ist eine solche Bestimmung überflüssig. Dieselben haben zwar nach § 2051_2 erblasserische Zuwendungen an Abkömmlinge, an deren Stelle sie treten, auszugleichen, sind jedoch für ihnen selbst vom Erblasser gemachte Zuwendungen nicht der Ausgleichung unterworfen gemäß der in § 2050 aufgestellten allgemeinen Regel, daß nur Abkömmlinge mit der Ausgleichungspflicht belastet sind. § 2053_1 spricht

[58]) Diese Ansicht ist im Mainzer Landrecht, Tit. XVII, § 15, vertreten.

daher folgerichtig nur von als Ersatzerben eintretenden Abkömmlingen.

Die Bestimmungen des § 2053_1 gelten nach Absatz 2 auch dann, wenn ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines solchen erlangt hat, eine Zuwendung vom Erblasser empfangen hat.[59]) Gemeint sind hierbei die Fälle der Legitimation § 1719, Ehelichkeitserklärung §§ 1723, 1736. Die Erwägungen, die zur Einführung dieses Absatzes bestimmt haben, sind dieselben, welche für Absatz 1 maßgebend gewesen sind. Für die Fälle des Absatz 2 sind diese Erwägungen um so einleuchtender, als diese Personen zur Zeit der Zuwendung noch gar keine Erbanwartschaft hatten, nicht einmal eine entfernte, wie die in Absatz 1 behandelten Abkömmlinge.

Bezüglich des als Ersatzerben eintretenden Abkömmlings und der in Absatz 2 erwähnten Personen kann durch besondere Anordnung des Erblassers die Ausgleichungspflicht auferlegt werden.[60])

Das sächsische B. G.-B. § 2355 ist derselben Ansicht, wie § 2053_2 B. G.-B., es spricht aber nur von an Kindesstatt Angenommenen. Anderer Ansicht ist Mommsen § 291 S. 325; er unterwirft Adoptierte und Legitimierte unbedingt der Ausgleichungspflicht. Im gemeinen Recht ist die Frage bestritten. Vangerow II § 516 S. 494 läßt eine Kollationspflicht der Adoptierten und Legitimierten bezüglich Zuwendungen, die sie vor der Adoption oder Legitimation erhalten haben, nicht eintreten.

---

59) Strützki, S. 388, erachtet eine solche Bestimmung für unnötig. Die Adoptierten und Legitimierten erhielten die rechtliche Stellung ehelicher Kinder; sie unterlägen daher der Ausgleichungspflicht ohne Rücksicht darauf, wann sie die Zuwendung erhalten haben. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus dem im Text Gesagten.

60) Analog wie oben S. 56 dürfte der Fall zu entscheiden sein, wenn der Erblasser zur Zeit der Zuwendung an den Ersatzerben irrtümlich angenommen hat, daß der diesen ausschließende Testamentserbe gestorben ist. In diesem Fall ist bei Wahrung der Erfordernisse des § 2052 die Zuwendung mit dem Gedanken erfolgt, daß nach gesetzlicher Bestimmung die Ausgleichungspflicht eintritt. Hätte dies nicht in der Absicht des Erblassers gelegen, so hätte er eine dahingehende Anordnung erlassen. Da eine solche aber nicht erfolgt ist, ist die Zuwendung unter der Voraussetzung, daß sie zur Ausgleichung gelangen werde, gegeben. Es ist daher nur billig, diesen Willen des Erblassers zu verwirklichen und für diesen Fall § 2053_1 nicht zur Anwendung zu bringen; d. h. bei solcher irrtümlicher Annahme lastet die Ausgleichungspflicht auf der Zuwendung.

Faßt man die Bestimmungen des § 2053 noch einmal kurz zusammen, so ist für alle 3 Fälle das Gemeinschaftliche und Ausschlaggebende, daß die betreffenden Abkömmlinge zur Zeit der Zuwendung noch keine unmittelbare Erbanwartschaft besaßen und deshalb die ihnen damals gemachten Zuwendungen nicht zur Ausgleichung zu bringen haben.

§ 18.

Ausgleichungspflicht beim Erbschaftskauf.

Schließlich ist noch die Frage zu entscheiden, wer bei einem Erbschaftskauf die Ausgleichungspflicht zu tragen hat. Im allgemeinen tritt der Käufer in die Verbindlichkeiten des Verkäufers gemäß § 2382 ein und zwar nicht nur für die Verbindlichkeiten, die er gemäß § 2378 dem Verkäufer gegenüber zu vertreten hat, sondern schlechthin für alle Nachlaßverbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Verkäufer als Erbe verpflichtet ist. Der Käufer haftet also auch für die Ausgleichungslast des Verkäufers, trotzdem er zu deren Erfüllung dem Verkäufer gemäß §§ 2378, 2376 nicht verpflichtet ist. Unbeschadet hierdurch bleibt jedoch eine nebenhergehende Haftung des Verkäufers den Miterben gegenüber bestehen, gleichsam als ob der Erbschaftskauf gar nicht stattgefunden hätte. Es ist daher auch der Verkäufer neben dem Käufer den Miterben für die Ausgleichungspflicht verbunden. Um eine durch die Erfüllung einer beim Kauf verschwiegenen Ausgleichungspflicht etwa eintretende Schädigung des Käufers, die dieser ja nach § 2378 dem Verkäufer gegenüber nicht zu erfüllen verpflichtet ist, zu vermeiden, ordnet § 2376 für den Verkäufer gewisse Gewährleistung wegen Mangel im Rechte in diesem Fall an. Daß dem Erbschaftskäufer die Vorteile gebühren, die sich aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, ist in § 2372 besonders hervorgehoben.

§ 19.

Die Ausgleichungsberechtigten.

Die Feststellung der Ausgleichungsberechtigten ist bei weitem einfacher, als die der Verpflichteten. § 2050 sagt in dieser Hinsicht, daß Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, „unter einander“ gewisse erblasserische Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen haben. Es sind

also nur Abkömmlinge ausgleichungsberechtigt, die gesetzliche Erben sind. Dies ist in § 2052 aber auf bestimmte Fälle der testamentarischen Erbfolge ausgedehnt. Abkömmlinge sind in diesen Fällen aber stets ausgleichungsberechtigt und nicht bloß für den Fall, daß sie den Ausgleichungspflichtigen in der Erbfolge beschränken.[61]) Allen anderen Miterben außer den Abkömmlingen steht kein Ausgleichungsrecht zu, wie ihnen auch keine Ausgleichungspflicht obliegt. Hinsichtlich des eintretenden Ersatzerben ist schon oben S. 46 ausgeführt worden, daß ihnen nur, falls sie Abkömmlinge sind, ein Recht auf Ausgleichung zusteht. Es äußert also unter Abkömmlingen allein die Ausgleichungsverbindlichkeit ihre Wirkung,[62]) nicht aber anderen Miterben z. B. Ehegatten oder den Nachlaßgläubigern gegenüber. Alle nicht der Ausgleichung unterliegenden Miterben erhalten ihre Erbteile aus der reinen Nachlaßmasse berechnet, ohne daß eine Hinzurechnung der Ausgleichungsobjekte vorher erfolgt.

Gemäß § 2050 sind aber nur Abkömmlinge, die zur Erbschaft gelangen, ausgleichungsberechtigt, mithin nicht die, welche zwar an der Erbschaft z. B. als Vermächtnisnehmer teilnehmen, aber keine Erbenstellung besitzen. Aus diesem Grunde gehören auch Nachlaßgläubiger nicht zu den Ausgleichungsberechtigten.

Im übrigen kann auf das hinsichtlich der Ausgleichungspflichtigen Gesagte verwiesen werden.

Kollationsberechtigt sind nach gemeinem Recht alle Deszendenten; der Satz der collatio emancipatorum „ei confertur, cui aufertur" hat für die Descendentenkollation keine Geltung mehr. Die Emanzipiertenkollation beruhte darauf, daß der Emanzipierte als Eindringling angesehen wurde, welcher sein Erbewerden erst erkaufen mußte. Von diesem Standpunkt aus erschien die Beschränkung, daß er den Kaufpreis nur denjenigen, welche er durch sein Erbewerden beschränkte, zu zahlen brauchte, natürlich. Die Deszendentenkollation hat hingegen zum leitenden Gedanken, daß zwischen Gleichstehenden keine Ungleichheit durch Zuwendungen des Erblassers begründet werden solle.

---

61) Eine Ansicht die im gemeinen Recht vertreten wurde; vergl. Windscheid, III, § 610, Anm 6.

62) Ebenso Bähr, § 1926; das sächsische B. G.-B., § 2354; Frommhold, S. 99; Motive S. 710; das österreichische G.-B.; Unger, § 54, Anm. 5.

Würde aber ein Enkel, dessen parens vorverstorben ist, nur seinen Bruder zu konferieren haben, so wäre dadurch der Onkel in gleicher Weise beeinträchtigt, als wenn sein vorverstorbener Bruder eine Zuwendung hätte für sich behalten dürfen.

Für die Beibehaltung des Satzes „ei confertur, cui aufertur" spricht sich Vangerow II § 516 Anm. 1 II 1 und Mayer § 125 Nr. 6 aus; a. M. Windscheid III § 610 Anm. 6, Dernburg III § 141 Anm. 12, Fein § 48 S. 278. Das preußische Landrecht II, 2, § 323 erwähnt als kollationsberechtigt nur die Kinder, dehnt jedoch bei Zusammentreffen von Kindern mit dem überlebenden Ehegatten die Kollationsverbindlichkeit auf Letzteren aus.

III. Kapitel.

Objekte der Ausgleichung.

§ 20.

Der Wille des Erblassers ist das Entscheidende.

Wie der gesamten Lehre von der Ausgleichung der mutmaßliche Wille des Erblassers zu Grunde liegt, so ist auch für die Objekte der Ausgleichung der anzunehmende Wille des Erblassers entscheidend.[63]) Es unterliegen daher nicht alle Gaben des Erblassers an seine Abkömmlinge der Ausgleichungspflicht, vielmehr bleibt dieselbe auf solche Zuwendungen beschränkt, mit denen der Erblasser nach der Sitte des Lebens bei Gleichheit der Verhältnisse voraussichtlich auch die anderen Abkömmlinge bedacht haben würde. Der für die Ausgleichungslehre ausschlaggebende Grundgedanke ist der: der Erblasser habe seine Abkömmlinge vermögensrechtlich möglichst gleichstellen und keinen vor dem andern bevorzugen wollen. Hieraus auf eine Absicht des Erblassers zu schließen, daß jeder Zuwendung an einen Abkömmling eine genau gleiche Gabe an die anderen Abkömmlinge entsprechen solle, wäre zu weit gegangen. Die Zuwendungen erfolgen unter derartig verschiedenen Verhältnissen, daß im allgemeinen eine solche Folgerung unrichtig und verfehlt erscheint. Anders verhält es sich bei gewissen mehr außerordentlichen Gaben. Bei ihnen liegt die Annahme nahe, der Erblasser habe dem bedachten Abkömmling mit der Zuwendung den anderen Abkömmlingen gegenüber ein bei der Erbteilung anzurechnendes Voraus gewähren wollen. Am besten zeigt sich dies bei der Aussteuer einer Tochter. Besitzt der Erblasser noch weitere Töchter, so geht doch seine Absicht dahin, auch diese bei ihrer Heirat auszusteuern; denn

63) Denkschrift, S. 280; Motive, V, S. 702.

die Aussteuer der ersten Tochter wird in der Regel keine Begünstigung den anderen Töchtern gegenüber darstellen sollen.

In gleicher Weise ist auch bei mehreren andern, der Aussteuer verwandten Zuwendungen eine Absicht des Erblassers zu deuten. Ist eine solche Zuwendung seitens des Erblassers erfolgt, so war sein Wille auch, den anderen Abkömmlingen derartige Gaben zuzuwenden. Wird er dann durch den Tod an der Bethätigung dieses Willens gehindert, so ist man zu der Annahme berechtigt, daß auch nach dem Tode der vermutliche Wille des Erblassers berücksichtigt werden und daher eine Ausgleichung stattfinden soll.

Durch solche Erwägungen geleitet, hat das B. G.-B. die Ausgleichung auf gewisse Zuwendungen beschränkt.

§ 21—24. Allgemeine Voraussetzungen.

§ 21.

Es muß sich um eine Zuwendung handeln.

Voraussetzung hinsichtlich der Objekte der Ausgleichung ist, daß es sich um eine „Zuwendung" handelt.[64]) Mit Absicht ist dieser allgemeine Ausdruck nach der materiellen und nicht nach der juristischen Wirkung des Aktes ausgewählt, da hierdurch die Bezeichnung als Schenkung oder als unentgeltlicher Zuwendung umgangen ist. Letzteres ist, so führen die Motive V S. 704 aus, nötig, da an dem Erfordernis der Unentgeltlichkeit nicht festgehalten werden kann, denn thäte man dies, so würde durch geringfügige Gegenleistungen leicht eine Umgehung des Gesetzes geschaffen werden können. Auch für das B. G.-B. ist der Ausdruck „unentgeltliche Zuwendung" nicht geeignet, da bei der Ausgleichung auch gewisse, pflichtmäßige Zuwendungen in Betracht kommen. Das B. G.-B. hat nämlich im Gegensatz zum I. Entwurf in § 1620 eine Verpflichtung des Vaters resp. der Mutter zur Aussteuer der Tochter eingeführt, die einklagbar ist.

---

[64]) Über den Begriff der Zuwendung vergl. Regelsberger, I, § 167. Der Begriff geht an und für sich über das Rechtsgeschäft hinaus. Unter den Rechtsgeschäften bezeichnet der Begriff solche, durch die nach der Absicht des Verfügenden ein Vermögen gemindert und ein anderes vermehrt wird. Die einfachste Form der Zuwendung dürfte Eigentumsübertragung sein, sie kann aber auch bestehen in Erlaß einer Schuld, Abtreten oder Begründen einer Forderung, Tilgung von fremden Forderungen, Beschaffung oder Befreiung von dinglichen Rechten etc.

Gleichgültig ist bei der Voraussetzung der Zuwendung, ob dieselbe freiwillig gegeben oder gemäß § 1620 eine pflichtmäßige, eventuell eingeklagte ist. Ohne Belang ist daher ferner, daß nach § 1624 die Ausstattung in gewisser Beziehung nicht als Schenkung anzusehen ist.

Schließlich sei noch bemerkt, daß das B. G.-B. den Ausdruck „Zuwendung" sowohl auf den Zuwendungsakt §§ 2050_1, 2053_1 als auf das Zugewendete, §§ 2050_3, 2051_1 etc. anwendet.

§ 22.

Die Zuwendung muß vom Erblasser herrühren.

Das Erfordernis einer Zuwendung wird noch erweitert dadurch, daß es sich um Zuwendungen des Erblassers handeln muß, § 2051_1. Es unterliegt infolge dessen nicht der Ausgleichung, was der Abkömmling zwar aus der Hand des Erblassers, aber als Zuwendung eines Dritten empfangen hat. Hat z. B. der Erblasser in Erfüllung eines ihm auferlegten Vermächtnisses seinen Abkömmling ausgestattet, oder infolge der bei einer Schenkung ihm gemachten Auflage, so ist die Zuwendung als nicht von ihm erfolgt anzusehen und es tritt daher keine Ausgleichung ein. Die Zuwendung muß ferner aus dem Vermögen des Erblassers gegeben sein, um mit der Ausgleichungspflicht belastet zu werden. Nach § 1625 wird im Zweifel angenommen, daß falls der Erblasser einen Abkömmling, dessen Vermögen er verwaltet, eine Ausstattung gewährt, die Ausstattung aus diesem Vermögen gegeben ist. In einem solchen Falle kann natürlich keine Ausgleichung eintreten, da ja sonst der Abkömmling doppelt geschädigt wäre. Er hatte keine väterliche Ausstattung erhalten und müßte außerdem die aus seinem eigenen Vermögen gegebene sich bei der Erbteilung noch anrechnen lassen.

§ 23.

Regelung über Zweifel hinsichtlich der Person des Zuwendenden durch § 2054.

Ähnliche Unbilligkeiten, wie die in § 22 erwähnten, könnten sich bei der Ausstattung eines Abkömmlings aus dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft ergeben. In diesen Fällen würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift nur bei der Erbfolge des Ehemannes in dessen Nachlaß die Ausgleichungspflicht ein-

treten, da infolge der Verfügungsgewalt des Ehemannes §§ 1443, 1519_2, 1549 stets dieser die Zuwendung bewirkt. Ein solches Ergebnis würde weder mit dem Gedanken der Ausgleichungspflicht noch mit dem Wesen der Gütergemeinschaft in Einklang stehen. Beerbten z. B. die Mutter nur ihre einseitigen Abkömmlinge, die mit einer Ausstattung aus dem Gesamtgut bedacht waren, so unterlägen sie nicht der Ausgleichungspflicht. Von ihrer Mutter hatten sie ja nichts erhalten, denn der Stiefvater bewirkt, wie eben gezeigt, die Zuwendung; beim Tode des Stiefvaters kann aber von Ausgleichung ihrerseits nicht die Rede sein, da sie ihn gar nicht beerben. In solchen Fällen würde also die Ausgleichung gänzlich entfallen, dies aber absolut nicht mit dem präsumtiven Willen des Erblassers einer möglichsten Gleichstellung seiner Abkömmlinge im Einklang stehen. Auch bei Vorhandensein nur gemeinschaftlicher Abkömmlinge würde sich kein befriedigendes Resultat ergeben. Die Ausgleichungspflicht würde nur beim Erbfall des Ehemannes eingreifen, während doch das Gesamtgut als beiden Ehegatten zustehend gedacht und somit bestimmt ist, als Vermögen des einen und des anderen Ehegatten zu dienen.

Um solche Unbilligkeiten zu vermeiden und Zweifel über die Person des die Zuwendung Gewährenden zu beheben, bestimmt § 2054 im Hinblick auf §§ 1465, 1538, 1549, daß Zuwendungen aus dem Gesamtgut als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht anzusehen sind, falls der Abkömmling von beiden Ehegatten abstammt. Handelt es sich um Zuwendungen an einseitige Abkömmlinge, so gilt dessen Vater resp. Mutter als allein Zuwendende.[65]) In gleicher Weise gilt derjenige Ehegatte als der allein Gewährende, welcher wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat. Eine Ersatzpflicht besteht z. B. gemäß § 1465, 1538, 1549 insoweit, als die Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt und gemäß §§ 1456, 1446 hinsichtlich gewisser Schenkungen.[66/67])

[65]) Durch § 2054 ist eine Streitfrage des allgemeinen Landrechts vermieden. Eccius, IV, § 274, S. 663; Dernburg, III, § 242, S. 717. Nach preußischem Recht können nicht ausgestattete Deszendenten aus dem Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten die Ausgleichung verlangen, soweit derselbe reicht. Reicht dieser nicht aus, so können sie sie aus dem Nachlaß des Überlebenden beanspruchen.

[66]) Betrüge z. B. eine einem gemeinschaftlichen Abkömmling gewährte Ausstattung 20 000 M., entspräche aber der Größe des Gesamtgutes nur eine solche von 10 000 M., so sind die über diese Höhe hinausgehenden 10 000 M.

Durch diese Bestimmungen wird die Ausgleichung der ganzen Ausstattung beim Erbfall des Ehegatten verhindert, dieselbe wird vielmehr zweimal, je zur Hälfte beim Tode eines jeden Ehegatten stattzufinden haben. Eine solche doppelte Ausgleichung wird meistenteils bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft durch die in der Regel zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen eintretende, fortgesetzte Gütergemeinschaft §§ 1483, 1549, 1557 sich erübrigen. Erhält aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein Abkömmling eine Zuwendung, so gelten nach Abs. 2 § 2054 die in Abs. 1 hinsichtlich Zuwendungen aus dem Gesamtgut der allgemeinen, Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft aufgestellten Grundsätze in entsprechender Weise. Es gilt also eine Ausstattung als von dem überlebenden Ehegatten und den am Gesamtgut anteilsberechtigten Abkömmlingen je zur Hälfte gegeben; falls es sich um einen anteilsberechtigten Abkömmling handelt. Vorausgesetzt ist hierbei noch, daß die Ausstattung über das dem Gesamtgut entsprechende Maß nicht hinausgeht. Ist dieses Erfordernis nicht gewahrt, so ist sie als vom überlebenden Ehegatten gemäß § 1499_3 in der Höhe des Übermaßes allein gegeben anzusehen. In das der Höhe des Gesamtgutes entsprechende Maß der Ausstattung teilen sich der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge. Ist die Ausstattung einem nicht anteilsberechtigten Abkömmling gewährt oder versprochen, so gilt der Ehegatte als allein Zuwendender nach § 1499_3. Belanglos ist hierbei, ob es sich um einen gemeinschaftlichen gemäß § 1491, 1511 nicht teilnehmenden oder einen einseitigen Abkömmling handelt, da beide nicht anteilsberechtigt sind. Bei anderen Zuwendungen gelangen §§ 1487, 1446, 1456 zur Anwendung. Hinsichtlich dieser Zuwendungen kommt nicht in Betracht, ob die bedachten Abkömmlinge anteilsberechtigt oder

---

als vom Vater allein gegeben anzusehen, während die der Größe des Gesamtgutes entsprechenden 10 000 M. unter die Ehegatten verteilt werden. Es sind daher 5000 M. beim Tode der Mutter und 15 000 M. beim Tode des Vaters zur Ausgleichung zu bringen. Handelt es sich aber um ein einseitiges Kind, so würden bei vorhandener Zustimmung der Ehefrau die ganzen 20 000 M. als von ihr gegeben gelten. Fehlt die Zustimmung, so würde gemäß § 1465_2 in Höhe von 10 000 M. der Ehemann und in Höhe von 10 000 M. die Ehefrau als Geber zu betrachten sein.

67) Ebenso behandelt von Strützki, S. 184, 14, 17.

nicht sind. Ist der Ehegatte wegen solcher Zuwendungen zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten verpflichtet, so gilt er als Gewährender. Die hiernach als Gaben des überlebenden Ehegatten anzusehenden Zuwendungen aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft unterliegen beim Erbfall des Ehegatten, das als Zuwendung der Abkömmlinge Geltende bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei der Auseinandersetzung der Ausgleichung.

Aus § 2054 ergiebt sich ferner, daß nur derjenige Ehegatte, der gemäß dieses Paragraphen als Geber der Zuwendungen zu betrachten ist, zu Verfügungen über Anordnung und Ausschließung der Ausgleichungspflicht gemäß §§ 2050, 2053 berechtigt ist. Gilt die Zuwendung als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht, so ist jeder hinsichtlich seiner Hälfte zu solchen Verfügungen befugt. Nicht zu übersehen ist schließlich, daß § 2054 nur eine gesetzliche Vermutung ausspricht, die durch Thatsachen widerlegt werden kann. Der Erblasser hat z. B. besonders darauf hingewiesen, daß er allein die ganze Ausstattung gegeben habe, weil die Mutter ihren Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen lieber für ihr Lieblingskind aufsparen wollte.

§ 24.

Die Zuwendung muß vom Erblasser zu dessen Lebzeiten gegeben sein.

Hinsichtlich der Objekte der Ausgleichung ist bis jetzt gesagt, daß es sich um eine Zuwendung und zwar eine solche des Erblassers aus dessen Vermögen handeln muß. Als weiteres Erfordernis tritt noch hinzu, daß es eine Zuwendung des Erblassers „zu dessen Lebzeiten" sein muß § 2050_1. Es können daher als Objekte der Ausgleichung nicht letztwillige Zuwendungen in Betracht kommen. Denn man kann nicht annehmen, daß der Erblasser bei letztwilligen Verfügungen dem Erben etwas hat aussetzen und doch wiederum nicht hat zu gute kommen lassen wollen. So gestalteten sich aber die Verhältnisse, wenn letztwillige Zuwendungen der Ausgleichungspflicht unterliegen würden. Es sind also Vermächtnisse nicht ausgleichungspflichtig im Gegensatz zum code civil Art. 843 und dem österreichischen Recht § 671, welches das Vermächtnis des Heiratguts einer Tochter, wenn es nicht ausdrücklich als Vorausvermächtnis erklärt worden ist, einrechnen läßt.

§ 25.

Die Ausgleichungsobjekte selbst. Die Ausstattung.

Jedoch nicht alle Zuwendungen, welche der Erblasser seinen Abkömmlingen zu seinen Lebzeiten gemacht hat, sind mit der Ausgleichungspflicht belastet. Der anzunehmende Wille des Erblassers ist vielmehr, wie oben ausgeführt ist, das Entscheidende. Einen in dieser Hinsicht zu vermutenden erblasserischen Willen stellt nun das B. G.-B. in § 2050 Abs. 1 und 2 auf. Hiernach unterliegt vor allem die Ausstattung der Ausgleichungspflicht. Den Begriff der Ausstattung giebt § 1624. Hiernach ist unter Ausstattung alles das zu verstehen, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird. Hauptsächlich bei diesen Zuwendungen einen auf die Ausgleichung gerichteten Willen des Erblassers anzunehmen, entspricht vollkommen den Lebensverhältnissen und dem Zweck dieser Gaben. Die Bestimmung der Kinder ist es nicht, andauernd bei den Eltern ein unselbständiges Leben zu führen; die Töchter sollen heiraten und dadurch sich ein eigenes Heim gründen, während die Söhne sich einen Beruf erwählen und durch dessen Ausübung ein eigenes Hauswesen schaffen sollen. Ohne Unterstützung seitens der Eltern wird sich aber dies vielfach nicht verwirklichen lassen. Es ist daher die Vermutung gerechtfertigt, daß die Eltern gerade hinsichtlich dieser Beihilfen und Unterstützungen keine Bevorzugung eines Kindes gewollt, also auch nicht beabsichtigt haben, diejenigen ihrer Kinder, die sie zu Lebzeiten nicht ausgestattet haben, weil sie z. B. zu jung waren, gegenüber den schon Ausgestatteten zu benachteiligen. Mommsen S. 323 wirft die Frage auf, ob die Ausgleichungspflicht nicht für den Fall auszuschließen sei, daß alle Kinder beim Tode des Erblassers schon ausgestattet sind und zwar ohne Rücksicht, ob dieselben gleichgroße oder von einander abweichende Ausstattungen erhalten hätten. In letzterem Fall könnte, so meint Mommsen, die Berufung auf den präsumtiven Willen des Erblassers, allen Kindern gleiche Ausstattungen zu gewähren, durch die Erwägung zurückgewiesen werden: der Erblasser habe seinen wirklichen Willen hierin dadurch deutlich bekundet, daß er den Kindern verschieden große Ausstattungen gegeben habe. Eine derartige Erwägung dürfte aber nicht immer das Richtige treffen, so z. B. wenn der Erblasser sein

erstes Kind reichlich ausgestattet hat, dann in schlechte Verhältnisse geraten ist und seinen anderen Kindern infolgedessen geringere Ausstattungen gegeben hat. In diesem Fall ist nicht anzunehmen, der Erblasser habe das erste Kind vor den übrigen bevorzugen wollen; nur die Lage der Verhältnisse hat ihn dazu gezwungen, seine übrigen Kinder geringer auszustatten. Es erscheint daher infolge dieser Erwägungen angebracht, auch dann die Ausgleichung eintreten zu lassen, falls alle Kinder ausgestattet sind.

Daß die Ausstattung vor allen anderen Zuwendungen der Ausgleichung unterliegt, erklärt sich daraus, daß der Grund der Ausstattung — eine Erleichterung des Selbständigwerdens der Kinder — bei allen Kindern in gleicher Weise einzutreten pflegt, die Voraussetzungen der anderen Zuwendungen hingegen derart sind, daß man nicht voraussagen kann, ob sie auch bei den anderen Kindern in gleicher Weise eintreffen werden.

Der I. Entwurf hatte den Ausdruck „Ausstattung" vermieden, weil § 1500 den Begriff der Ausstattung nach für die Ausgleichung nicht zutreffenden Gesichtspunkten festgestellt hatte. Der Entwurf spezialisierte daher: „was wegen Verheiratung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Übernahme eines Amtes oder wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer selbständigen Lebensstellung zugewendet war." Für das B. G.-B. sind jedoch die Beweggründe des Entwurfs durch die Bestimmung der Ausstattung in § 1624 weggefallen. Unter den Begriff „Ausstattung" fällt einmal die sogenannte Heiratsausstattung, d. h. alles, was mit Rücksicht auf die Verheiratung eines Kindes zugewendet ist. Es ist aber nicht nur die „zur Einrichtung eines Hausstandes" gegebene Aussteuer der Töchter § 1620 ausgleichungspflichtig, sondern auch das den Söhnen hinsichtlich ihrer Verheiratung Gegebene. Ferner ist unter Ausstattung alles rücksichtlich der Erlangung einer selbständigen Lebensstellung Gewährte inbegriffen. Auch hierbei ist kein Unterschied zwischen Gaben an Söhne und Töchter zu machen, da nach den jetzigen Lebensverhältnissen und Anschauungen die Frauen in gleicher Weise wie die Männer selbständige Lebensstellungen einzunehmen berechtigt sind. Töchter sind ja in vielen Fällen nicht minder wie Söhne durch die Lage der Dinge gezwungen, sich auf eigene Füße zu stellen. Die Zuwendungen behufs Erlangung selbständiger Lebensstellungen den Heiratsausstattungen gleichzustellen, ist vollkommen am Platze,

da es sich um entsprechende Gaben handelt; denn der Nachdruck liegt ja bei beiden darauf, eine Versorgung für das Leben zu schaffen.

§ 1624 umfaßt aber außer den zur Begründung einer Wirtschaft oder selbständigen Stellung gegebenen Zuwendungen auch die zur Erhaltung derselben gewährte elterliche Beihilfe.[68]) Solche Unterstützungen, die von den Eltern zur Aufrechterhaltung einer begründeten Lebensstellung etc. gegeben werden, sind gleichsam als Zulage zu dem bei der Begründung der Wirtschaft Gegebenen anzusehen und nehmen daher teil an dem Charakter derselben.

Voraussetzung ist also eine unmittelbare Beziehung der Zuwendung auf den Zweck, eine wirtschaftliche Selbständigkeit des Kindes zu ermöglichen, mag dies nun in der Begründung oder Erhaltung einer solchen bestehen. Andere Gaben, die nicht diesen Zweck verfolgen, sondern nur gelegentlich des Selbständigwerdens des Kindes gegeben sind, unterliegen infolge dessen nicht der Ausgleichung; so z. B. die Kosten einer Hochzeitsreise, der Hochzeit selbst, der Trauung, eines Ehevertrages.[69]) Auch erstreckt sich aus demselben Grunde die Ausgleichung nicht auf Zuwendungen, die zur Ausdehnung resp. Erweiterung der Wirtschaft oder der Lebensstellung gewährt sind.[70]) Diese Gaben haben einen wesentlich anderen Charakter als die unter „Ausstattung" Bezeichneten; sie haben gar nicht den Zweck, eine Wirtschaft zu begründen oder zu erhalten.[71]) Daß solche Ausstattungen in Kapitalzuwendungen bestehen müssen, ist nicht erforderlich. § 1624 trifft auch nur versprochene Ausstattungen. Dies ergiebt eine Vergleichung mit §§ 1465, 1499$_3$, 1538. Ob

---

68) Derartige Zuwendungen schloß der I. Entwurf aus. Mot. V, S. 702.

69) Streitig im preußischen Landrecht. Koch, II, § 881, S. 788 erklärt solche Kosten als zur Ausstattung gehörig und daher für kollationspflichtig; anderer Meinung sind Eccius, IV, § 274, S. 655; Dernburg, III, § 243, S. 719; Chur-Pfälzisches Landrecht, Teil III, Tit. 19, § 1; Mainzer Landrecht, Tit. XVII, § 3; Nassau-Katzenellenbogische Landesordnung von 1610, Teil IV, Cap. I, § 6 lassen Hochzeitskleidung, Geschmuck und andere hochzeitliche Unkosten konferieren. Ähnlich das Stadtrecht der freien Reichsstadt Wimpfen, Teil IV, Tit. 4, § 3 aber nur für den Fall, daß die Kinder die Hochzeitsgeschenke der Gäste erhalten haben; sind diese den Eltern zuteil geworden, so haben diese die Hochzeitskosten zu tragen.

70) Motive V, S. 102.

71) Anders sächsisches B. G.-B., § 2354, nach dem auch Zuwendungen zur weiteren Einrichtung einer besonderen Haushaltung einzuwerfen sind.

auch Schuldenzahlung für ein Kind als Ausstattung des § 1624 aufzufassen ist, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls ist der Gesichtspunkt der Versorgungsausstattung gegeben, wenn Schulden des Kindes zur Erhaltung seiner Wirtschaft oder eigenen Lebensstellung beglichen werden. Eine allgemeine Regel aufzustellen, wäre bedenklich, da höchst mannigfache Verhältnisse zur Schuldenzahlung führen können. Hat der Erblasser dem Abkömmling die Schulden schenkungshalber bezahlt, so können sie im Falle einer Anordnung gemäß § 2050_3 ausgleichungspflichtig werden. Die Schenkung muß jedoch vom Kinde bewiesen werden (Scherer V S. 160 Nr. 185). Im übrigen haben die Schulden des Abkömmlings an den Nachlaß oder an den Erblasser mit der Ausgleichung nichts zu thun; denn die Schulden sind auch dann zu begleichen, wenn der Abkömmling die Erbschaft ausschlägt oder verzichtet, in welchen Fällen die Ausgleichung nicht stattfindet. Auch kommen die bezahlten Schulden den Nachlaßgläubigern und allen Miterben zu gute, im Gegensatz zur Ausgleichung, die nur unter Abkömmlingen ihre Wirkung äußert. Bezahlt der Erblasser Delikts- oder Bürgschaftsschulden des Abkömmlings, so wird dadurch Letzterer Schuldner seines Vaters,[72]) eine ausgleichungspflichtige Zuwendung des Vaters wird im allgemeinen nach dem Vorhergesagten nicht vorliegen, mit Ausnahme der Fälle, in denen, wie oben erwähnt, der Gesichtspunkt der Versorgungsausstattung das Entscheidende ist oder eine besondere Anordnung des Vaters vorliegt, falls dieser schenkungshalber die Schulden beglichen hat. Ebenso wenig hängen mit der Ausgleichungspflicht Schulden des Abkömmlings an die Nachlaßmasse zusammen, z. B. für entfremdete Erbschaftsgegenstände, Darlehen und bezogene Früchte. In allen derartigen Fällen wird der Abkömmling Schuldner der Nachlaßmasse; er darf daher Aufrechnung zwischen dem ihm aus der Erbmasse zustehenden Teil und seinen Schulden an den Nachlaß fordern.

Das österreichische Gesetzbuch § 788, der hessische Entwurf Art. 326_3, das Zürcher G.-B. § 1909 und das italienische Gesetzbuch Art. 1007 dehnen die Ausgleichungspflicht auf das

---

[72]) Dasselbe wird zu sagen sein hinsichtlich Kaufgeldes, welches der Abkömmling dem Erblasser für ein demselben abgekauftes Grundstück schuldig geworden ist. In dieser Richtung hat sich wenigstens die preußische Praxis entschieden.

zur Schuldentilgung eines Kindes Gezahlte aus. Anders das A. L.-R. (Gruchot III S. 42), welches Schulden nur bei ausdrücklicher Anordnung angerechnet wissen will. Im Gegensatz hierzu unterwerfen mehrere ältere deutsche Rechte Schulden der Kollationspflicht, so erneuerte Nürnberger Reformation von 1564 Teil III Tit. 36 Ges. 1 Abs. 5, Frankfurter erneuerte Reform von 1611 Teil VI Tit. 5 § 5, revidiertes Landrecht des Herzogtums Preußen von 1685 und verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen von 1724 Bd. V Tit. 14 Art. 2 § 3, Churpfälzisches erneuertes Landrecht von 1610 Teil IV Tit. 19 § 3; Statuten der Stadt Guben von 1604 Art. 29, Kurfürstlich Maintzisches Landrecht von 1755 Tit. XVII § 14.

Die Ausstattung kann ferner in Rentenzuwendungen bestehen[73]) oder in der Abfindung eines näheren Abkömmlings.[74]) Anders das Zürcher G.-B. § 862 ff., das nur Kapitalsverwendungen einwerfen läßt.

Indem das B. G.-B. den umfassenden Begriff der elterlichen Versorgungsausstattung als das Entscheidende hinsichtlich der Objekte der Ausgleichung aufstellt, folgt es hierin der deutschrechtlichen Auffassung und der gemeinrechtlichen Praxis. Das B. G.-B. geht weiter als die Kollation des neuesten römischen Rechts, die nur bestimmte Versorgungszuwendungen der Ausgleichung unterwarf. Dies waren die dos, propter nuptias donatio, militia und bestimmte simplices donationes. Im gemeinen Recht war bis in den Anfang dieses Jahrhunderts die Ansicht verbreitet, daß im Prinzip jede Gabe des Erblassers konferiert werden müsse. Durch Francke ist die Meinung zur herrschenden geworden, daß nur die obengenannten Gaben kollationspflichtig seien.[75]) Die allgemein anerkannte Praxis läßt aber auch das subsidium paternum konferieren.

Derselben Ansicht sind die meisten neueren Gesetzeswerke, so das A. L.-R. II, 2, §§ 303—305, das österreichische G.-B. § 788, das sächsische B. G.-B. § 2354, der hessische Entwurf Art. 326, das Zürcher G.-B. § 1908, das Lübecksche Gesetz von 1862 Art. 15, die thüringischen Erbgesetze, Mommsen § 288,

---

73) Mattiaß, II, § 168, S. 468.

74) Schiffner, § 25, S. 105.

75) Dieser Ansicht sind Windscheid, III, § 610, Anm. 18; Dernburg, III, § 141, S. 284; Vangerow, II, § 516, Anm. 3; Fein, S. 264. Die Kollation dehnen auch auf das subsidium paternum aus Brinz, III, § 416, S. 296, Anm. 11; Arndts, R.-L., III., S. 839; Puchta, § 513.

das württembergische Recht (Stein und Kübel § 132), das bayrische Landrecht III, 1, 15 Nr. 12, Hohenloher Landrecht V, 4, 3, Bamberger Landrecht Teil I Anh. 2 Tit. 6 §§ 13, 15, schleswigsches Recht (Esmarch S. 344), Kurpfälzisches Landrecht Teil III Tit. 19 § 1. Der code civil Art. 843 ff. läßt im Prinzip alle Schenkungen und Vermächtnisse der Rückbringungspflicht unterliegen. Das italienische G.-B. Art. 1007 führt als Gegenstand der Kollation auf: alles dasjenige, was der Verstorbene für das Heiratsgut und die Aussteuer zur Hochzeit der weiblichen Abstämmlinge, zur Bestellung der Ausstattung eines Abstämmlings, damit dieser sich dem geistlichen Stande widmen kann, um ihm irgend ein Amt oder eine Versorgung zu schaffen oder um seine Schulden zu bezahlen, ausgelegt hat. In Art. 1001 führt es noch Schenkungen, unmittelbare und mittelbare, als Kollationsobjekt auf.

§ 26.

Die Zuwendungen des § 2050_2.

Als zweites Objekt der Ausgleichung führt das B. G.-B. in § 2050_2 auf Zuschüsse, die zu dem Zweck gegeben sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf, insoweit als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben. Das Verhältnis vorbenannter Zuwendungen zur Ausstattung ist bestritten. Schiffner § 25 S. 102, Hachenburg S. 425, scheinbar auch Matthiaß II § 168 S. 468 fassen derartige Zuwendungen nicht unter den Begriff „Ausstattung" fallend auf. Böhm § 79 S. 295, Frommhold S. 204, Küntzel bei Gruchot 41 Heft 4, 5 Nr. 20 S. 699 sind gegenteiliger Meinung. Letztere Ansicht erscheint als die richtige.[76]) Die fraglichen Zuwendungen entsprechen den Voraussetzungen des § 1624.

Der Umstand, daß die Zuschüsse zu dem Zweck gegeben werden, um als Einkünfte verwendet zu werden, bildet keinen Widerspruch zu den Erfordernissen des § 1624. Gerade dadurch, daß hinzugefügt ist: „um als Einkünfte verwendet zu werden", zeigt es sich, daß es sich um Zuwendungen zur Erhaltung oder Begründung einer selbständigen Lebensstellung handelt. Diese

[76]) Das B. G.-B. hat die Frage, ob derartige Zuwendungen der Ausstattung im Sinne des § 1624 zu unterstellen sind, nicht entscheiden wollen. Protokolle S. 8955.

Hinzufügung läßt darauf schließen, daß das unterstützte Kind selbst nicht genügend verdient und daher Zuschüsse von den Eltern erhalten muß, um diese an Stelle der Einkünfte zu verzehren. Solche Lagen, in denen die Kinder sich selbst nicht zu erhalten im stande sind, können im Anfang einer Laufbahn oder durch widrige Verhältnisse hervorgerufen auch später eintreten, z. B. ein Kaufmann verliert seine Stellung. Demgemäß werden die in solchen Fällen gewährten Zuschüsse zur Begründung resp. zur Erhaltung einer selbständigen Lebensstellung gegeben sein. So z. B. Zuschüsse an Offiziere, Referendare, Assessoren. Alle diese sind nicht in der Lage, aus ihren Einkünften ihre Lebensbedürfnisse zu bestreiten, sie sind auf elterliche Zuschüsse, die an Stelle ihrer Einkünfte treten, angewiesen. Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß solche Zuwendungen zur Begründung eventuell Erhaltung einer selbständigen Stellung dienen, daher unter den Begriff „Ausstattung" zu rechnen sind. Dasselbe ist der Fall bei Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf. Die Vorbildung zu einem Beruf erfolgt in der Absicht, dem Kinde die Erlangung einer Lebensstellung zu ermöglichen, wirkt also auch zur Begründung einer selbständigen Stellung mit. Denn erst durch die Vorbildung können die Kinder solche Stellen erlangen; man kann daher mit Recht sagen, daß auch solche Aufwendungen zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung gemacht werden.

Sind nun die in § 2050_2 aufgezählten Zuwendungen als Ausstattung zu betrachten, so regelt sich das Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 1 in der Weise, daß Abs. 1 die Regel und Abs. 2 eine Beschränkung dieser Regel enthält. Abs. 2 schränkt die allgemeine Regel derart ein, daß, wenn die als Ausstattung gewährten Zuwendungen in Zuschüssen resp. Aufwendungen der erwähnten Art bestehen, diese nur insoweit der Ausgleichung unterliegen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß übersteigen. Hinsichtlich der Zuschüsse rechtfertigt sich diese Bestimmung durch die Erwägung, daß Kinder, die keine solchen Zuwendungen erhalten haben, wohl meistens in dem elterlichen Hause leben und dort von den Eltern unterhalten werden oder solcher Zuschüsse nicht bedürfen, weil sie geringere Bedürfnisse besitzen oder sich in günstigeren Vermögensverhältnissen befinden. So z. B. wird ein Kind, welches die kaufmännische Laufbahn eingeschlagen

hat, in der Regel viel eher sich seinen Unterhalt erwerben können, als sein Bruder, welcher Beamter wird.

Bei den Aufwendungen zu einer Berufsvorbildung wird der Grund oben erwähnter Bestimmung darin zu suchen sein, daß verschiedenartige Umstände, insbesondere die bessere Veranlagung eines Kindes, dessen kostspieligere Ausbildung seinen Geschwistern gegenüber gerechtfertigt erscheinen lassen, ohne hierin eine unbillige Bevorzugung dieses Kindes finden zu müssen. Es ist eine moralische Pflicht der Eltern, auf die individuelle Veranlagung der Kinder Rücksicht zu nehmen. Eignet sich ein Kind besonders zum Studium, so werden die Eltern dem Kinde das Studieren zu ermöglichen suchen, eine Laufbahn, die natürlich meistens kostspieliger ist, als wenn ein anderes Kind eine praktische Laufbahn einschlägt. Dies ist aber keine Bevorzugung des ersten Kindes, denn das zweite hätte infolge seiner weniger günstigen geistigen Veranlagung beim Studieren wahrscheinlich nichts geleistet, während es bei seiner praktischen Thätigkeit seinen Platz voll ausfüllt und meistenteils schneller sich auf eigene Füße wird stellen können als sein Bruder. Die individuelle Veranlagung der Kinder ist in der bei weitem größten Zahl der Fälle der Grund, auf ihre Vorbildung ungleiche Aufwendungen zu machen, und nicht die Absicht des Erblassers, das eine Kind vor dem andern zu begünstigen. An und für sich ist also eine Unbilligkeit den andern Kindern gegenüber in der Gewährung von Zuwendungen der besprochenen Art nicht ohne weiteres zu finden. Eine solche tritt erst ein, wenn der Erblasser hierbei über seine Verhältnisse hinausgeht, wenn er auf das eine Kind unverhältnismäßig viel aufwendet. Hierin ist eine Bevorzugung des bedachten Kindes zu sehen. Um diese nun wett zu machen, ist die Ausgleichung derartiger Zuwendungen, insoweit sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben, angeordnet worden.

Ob ein solcher Fall vorliegt, wird nach der gesamten Lage der Verhältnisse zur Zeit der Zuwendung zu entscheiden sein. Feste Regeln hierüber aufzustellen, dürfte unmöglich sein. Es wird im allgemeinen dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleiben, diese Frage zu beurteilen. Einen Fingerzeig hierbei wird der Umstand geben, ob die Zuschüsse und Aufwendungen aus dem Stamm des Vermögens gegeben sind. Jedoch kann auch dies nicht schlechthin entscheidend sein.

Würde man dies als maßgebendes Merkmal ansehen, so ist zu befürchten, daß das in der Praxis viele Schwierigkeiten, vor allem auch ungerechte Entscheidungen zur Folge haben würde; so besonders, wenn der Erblasser nicht im Besitz eines Stammvermögens sich befindet und aus seinen Einkünften einem Kinde so bedeutende Zuwendungen gemacht hat, daß einmal die Geschwister dadurch benachteiligt werden, andererseits aber die Bildung eines Stammvermögens aus den Einkünften unmöglich wird.[77])

Kann nun die Thatsache, daß die fraglichen Zuwendungen aus dem Stamm des Vermögens genommen sind, allein nicht immer ausschlaggebend sein, so wird dieselbe doch im Zweifel einen Hinweis darauf enthalten, daß der Erblasser über seine Verhältnisse hinausgegangen ist.

Darin das entscheidende Merkmal finden zu wollen, daß dem Erblasser zur Zeit der Zuwendung Mittel in derjenigen Höhe zur Verfügung stehen müssen, um alle Abkömmlinge mit entsprechenden Gaben versorgen zu können,[78]) dürfte auch nicht zutreffend sein. Es ist richtig, daß bei Beurteilung vorliegender Frage nicht allein ausschlaggebend sein kann, ob der Erblasser und seine Familie in ihren Lebensverhältnissen auf Grund der Zuwendung beschränkt werden, vielmehr wird gemäß des Grundgedankens der Ausgleichung auch mit ins Gewicht fallen, wieviel und in welche Teile die Erbschaft bei der gesetzlichen Erbfolge sich zerlegen würde. Außerdem wird noch in Erwägung zu ziehen sein, ob zur Zeit der Zuwendung das Bedürfnis einer gleichen Zuwendung bei den anderen Kindern vorgelegen hat und ob der Eintritt eines solchen Bedürfnisses möglich war. Liegt z. B. der Fall so, daß ein erwachsener Sohn Zuschüsse zu seinem Lebensunterhalt vom Vater empfängt, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Vater zu der jetzigen Zeit auch seinen anderen, augenblicklich noch kleineren Kindern gleichwertige Aufwendungen zur Berufsvorbildung zu gewähren im stande wäre. Ein Bedürfnis, diese Kinder jetzt zu versorgen, kommt augenblicklich noch gar nicht in Betracht; ein derartiges Bedürfnis stellt sich erst später mit dem Heranwachsen der Kinder ein; es genügt daher, wenn der Vater dann in der Lage sein wird, Aufwendungen in gleicher Höhe, wie dem ersten

77) Protokolle, S. 8156.

78) So Endemann, III, § 112, Anm. 26; Kuhlenbeck, II_2, S. 540.

Kinde, auch den anderen machen zu können. Das Hauptgewicht ist infolge dessen bei vorliegender Frage nicht darauf zu legen, ob der Vater zur Zeit, als das erste Kind Zuschüsse empfing, auch seine anderen Kinder derartig bedenken kann, sondern auf die Thatsache, ob durch diese Zuwendung eine Beeinträchtigung der anderen Kinder bei den für sie später aufzuwendenden Zuschüssen bewirkt wird. Liegt eine solche Gefahr nicht vor, so ist eine Überschreitung seiner Vermögensverhältnisse durch den Erblasser nicht anzunehmen. Ob durch den Tod des Erblassers oder Verschlechterung seiner pekuniären Lage derartige Aufwendungen für die anderen Kinder später unmöglich oder herabgemindert werden, bleibt daher ohne Einwirkung. Hiermit sind einige Gesichtspunkte gegeben, nach denen die vorliegende Frage zu entscheiden ist, jedoch wird, wie schon oben gesagt, bei der Unmöglichkeit eine allgemeine Regel aufzustellen, bei jedem einzelnen Fall die besondere Lage der Verhältnisse das Hauptentscheidungsmoment liefern. Hingewiesen soll nur noch darauf werden, daß außer den Vermögensverhältnissen andere Umstände nicht zu berücksichtigen sind, so z. B. die verschiedene Lebensstellung der Kinder, größere Bedürftigkeit eines Kindes.

Als Beispiele der in § 2050_2 erwähnten Zuwendungen lassen sich nennen für die Zuschüsse: Zulagen an Offiziere, Beamte, Kaufleute, verheiratete Töchter; für Aufwendungen zur Berufsvorbildung: Studienkosten, Promotionskosten,[79]) Reisekosten, insoweit Reisen zur Berufs-Ausbildung gehören, Kosten zur Erlernung eines Handwerks. Ob Promotionskosten ausgleichungspflichtig sind, kann Zweifeln unterliegen. Man kann nicht sagen, daß die Erlangung der Doktorwürde zur Vorbildung des Berufs gehört; so ist z. B. durch § 29 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 die Promotion nicht mehr gesetzliche Voraussetzung der Zulassung zur ärztlichen Praxis. Allein wenn auch nicht rechtlich, so ist doch praktisch die Erlangung des Doktorgrades für die Ausübung des ärztlichen Berufes erforderlich, da vom Publikum bekanntermaßen auf den wissenschaftlichen Grad besonderer Wert gelegt wird. Auch in anderen Berufen ist die Erlangung des Doktorgrades, wenn nicht rechtlich, so zum mindesten statutarisch und faktisch erforderlich, z. B. bei der

[79]) Das sächsische B. G.-B. § 2354 hebt Kosten zur Erlangung eines Ranges oder Titels besonders als ausgleichungspflichtig hervor.

Universitätskarriere. Es wird daher in diesen Fällen die Promotion als zur Berufsvorbildung gehörig anzusehen und demzufolge die Kosten dafür unter den Voraussetzungen des § 2050_2 auszugleichen sein.

Nicht zu den Gaben des § 2050_2 zu rechnen sind die allgemeinen Erziehungskosten; diese kommen in gleicher Weise stets allen Kindern zu gute.

Ob die Zuwendungen der in § 2050_2 bezeichneten Art fortlaufende oder nur einmalige sind, ist ohne Belang. Ebenso ist unerheblich, ob das bedachte Kind von den ihm gewährten Zuschüssen Ersparnisse gemacht hat; es kommt lediglich auf den Zweck der Zuschüsse, um als Einkünfte verwendet zu werden, an.

Die Stellung der früheren Rechte zu der Frage nach der Ausgleichung der Gaben des § 2050_2 ist verschieden. Die Motive zum I. Entwurf raten zur Aufnahme einer die Ausgleichung der Studienkosten anordnenden Bestimmung, erachten jedoch Reise- und Promotionskosten für nicht wichtig genug, um besonders hervorgehoben zu werden. § 2158 schließt die Kosten der Berufsvorbildung von der Ausgleichung aus. Das A. L.-R. läßt Aufwendungen zur Erziehung und Ausbildung der Kinder, Studien- und Promotionskosten nicht zur Ausgleichung bringen.[80]) Tl. II Tit. 2 § 305 zählt nur einige Beispiele der Kollationsobjekte auf. Derselben Ansicht ist das österreichische G.-B.,[81]) der code civil Art. 843, 852, das Zürcher G.-B. § 1912; anderer Meinung das sächsische B. G.-B. § 2354, das Aufwendungen zu Reisen behufs Ausbildung und zur Erwerbung eines Ranges oder Titels der Ausgleichung unterwirft. Von der Ausgleichung von Erziehungs-, Reise-, Lehr- und Studienkosten befreit das bayrische Landrecht III, 1, 15 Nr. 6, 7, Hohenloher Landrecht V, 4, 7 Nr. 5, Bamberger Landrecht 100, Maintzer Landrecht XVII § 3, Churpfälzisches Landrecht Tl. III Tit. 19 § 2, revidiertes Landrecht des Hertzogtums Preußen V Tit. 14 Art. 2 § 3, Corpus juris Frid. P. II Liber VII Tit. 16 § 14 n. 2, Husumer Stadtrecht P. II Art. 19, Fridrichstädter Stadtrecht

---

80) Siehe Gruchot, III, S. 20; Dernburg, III, § 243, S. 718; Koch, II, § 881, S. 787; Eccius, IV, § 274, S. 656, der aber Promotionskosten für ausgleichungspflichtig hält.

81) Vergl. Unger, § 46, S. 207, Anm. 6. Hinsichtlich Promotionskosten für das österreichische Recht nicht unbestritten.

Sec. III Tit. 5, Eiderstädter Landrecht P. II Art. 19, Hadelnsches Landrecht von 1583 Tl. III Tit. 18, Gräflich-Leiningen-Grundstädtsche Successions- und Teilungsordnung von 1724 Tit. VI § 4, Stadtrecht der freien Reichsstadt Wimpfen Tl. IV Tit. 4 § 7_5, Nassau, Katzenellenbogische Landesordnung von 1610 Tl. IV Kap. I § 9, württembergisches Recht (Stein und Kübel § 133 S. 147). Die meisten dieser Rechte lassen jedoch Kollation eintreten, falls Aufwendungen übermäßig oder von den Kindern nicht gut angewendet sind.

§ 27.

Die Zuwendungen des § 2050_3.

Schließlich führt das B. G.-B. in Absatz 3 des § 2050 als Ausgleichungsobjekte noch andere Zuwendungen unter Lebenden auf, falls der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat. Als Beispiele von Zuwendungen dieser Art mögen angeführt werden u. a. Schenkungen, soweit sie nicht schon unter § 2050_1 und $_2$ fallen, verschleierte und versteckte, belohnende Schenkungen, Gutsüberlassungsverträge, Vermögensübergaben, Belohnung für geleistete Dienste etc.

Eine solche Anordnung kann nach dem Wortlaut des Gesetzestextes nur bei der Zuwendung erfolgen. Allein auch in letztwilligen Verfügungen oder in Form derselben können derartige Bestimmungen seitens des Erblassers erfolgen.[82]) Dies folgt, wie oben auseinandergesetzt, aus der freien Verfügungsfähigkeit des Erblassers; es muß ihm analog, wie er Auflagen und Vermächtnisse anordnen kann, freistehen, einen Erben mit der Ausgleichungspflicht hinsichtlich bestimmter Vorempfänge zu belasten. Außerdem spricht hierfür noch § 2048. Im übrigen findet das oben über den Erlaß der Ausgleichungspflicht Gesagte hierfür Anwendung. Erfolgt die Bestimmung der Anordnung bei der Zuwendung, so ist dieselbe an keine Form gebunden. Selbst wenn für die Zuwendung (z. B. bei Grundstücken) besondere Formvorschriften gegeben sind, kann die Anordnung der Ausgleichung formfrei erfolgen, denn eine derartige Anordnung ist auf das Zuwendungsgeschäft

[82]) So Endemann, III, § 112, S. 493; Plank, Lief. 9, S. 206; Schiffner, § 25, Anm. 27; Böhm, § 79, S. 296; B. G.-B. von Wilke etc., V, § 112 (das aber einer Anordnung der Ausgleichungspflicht durch letztwillige Verfügung nur die Bedeutung eines dem Abkömmling zu Gunsten der anderen auferlegten Vermächtnisses zuspricht); Scherer, S. 159, No. 182/183; Motive, V, S. 703, 709.

selbst ohne jeglichen Einfluß. Für die Formfreiheit einer bei der Zuwendung erfolgenden Festsetzung der Ausgleichungspflicht spricht die Erwägung, daß, da ein nur angenommener erblasserischer Wille der Ausgleichungslehre zu Grunde liegt und die Kraft hat, die Ausgleichung herbeizuführen, um so mehr ein in dieser Hinsicht erklärter, wirklich vorhandener Wille des Erblassers von Wirkung sein muß. In welcher Form sich ein solcher Wille offenbart bleibt daher infolge dieser Erwägungen völlig gleichgültig; es muß genügen, wenn sich aus den Umständen eine Anordnung entnehmen läßt, daß der Erblasser den Ausgleich gewollt hat. Hachenburg S. 425 in Vergleichung mit 424 (gleichfalls Mommsen § 298 S. 329) läßt in dieser Hinsicht Anordnungen des Erblassers unter Lebenden auch nach der Zuwendung vollwirksam sein. Schiffner § 25 Anm. 27, 28, der dieselbe Ansicht für den Erlaß der Ausgleichung zu verteidigen scheint, beschränkt die die Ausgleichung anordnenden Bestimmungen des Erblassers auf die Zeit sogleich bei der Zuwendung und für letztwillige Verfügungen. Wenn nicht das Gesetz in § 2050_3 ausdrücklich „Anordnungen bei der Zuwendung" festgesetzt hätte, würde Hachenburgs Meinung sehr viel für sich haben. Gerade der Umstand, daß die gesamte Ausgleichungslehre auf einem angenommenen Willen des Erblassers beruht, fällt zu ihren Gunsten sehr ins Gewicht. Denn kann der nur präsumierte erblasserische Wille eine solche Wirkungskraft haben, um wie viel mehr muß dann erst dem wirklich hervortretenden Willen des Erblassers Bedeutung beigemessen werden. Daß dieser Wille erst später sich geäußert hat, dürfte belanglos sein. Nicht zu verkennen ist jedoch, daß die Durchführung dieser Ansicht hierbei vielmehr als beim Erlaß der Ausgleichung im praktischen Leben Unbilligkeiten ergeben würde. Denn der Abkömmling könnte, wenn gleich bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet würde, die Gabe zurückweisen, wäre dazu aber nicht mehr in der Lage, wenn eine solche Anordnung der Erblasser erst später träfe, zu einer Zeit, in der die Zuwendung schon angenommen ist. Beim Erlaß der Ausgleichung kommt dies weniger in Betracht, da hierdurch keine Beschwerung, sondern eine Begünstigung des Abkömmlings erfolgt. In der späteren Anordnung der Ausgleichung eine etwaige Unbilligkeit zu sehen, weil der Abkömmling der Zuwendung sich zu entschlagen nicht mehr im stande wäre, könnte durch den Hinweis darauf bekämpft werden, daß der Erblasser im Testament ja

auch die Ausgleichung anordnen könnte, ohne daß dem Abkömmling die Möglichkeit gegeben wäre, sich der Zuwendung zu entledigen. Eine solche Replik wäre jedoch nicht gerechtfertigt, da hinsichtlich letztwilliger Verfügungen volle Freiheit des Erblassers besteht, während dem Erblasser sonst nicht freisteht, einmal gemachte Zuwendungen später mit irgend welchen Lasten zu beschweren.

Endlich kann auch durch Vertrag selbst nach der Zuwendung zwischen Erblasser und Abkömmling die Ausgleichungspflicht begründet werden; jedoch gehören derartige Verträge nicht zu der Ausgleichungslehre, sie dürften vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften über Verträge zu beurteilen sein.

Zu beachten ist, daß die Ausgleichungspflicht nur ohne Beeinträchtigung des Pflichtteilsrechts des Empfängers angeordnet werden kann.[83]) Über die Art, wie der Erblasser eine die Ausgleichung anordnende Bestimmung seinerseits widerrufen kann, ist dasselbe zu sagen, wie das über die Aufhebung resp. den Erlaß der Ausgleichung seitens des Erblassers bereits § 5 S. 8 ff. Geäußerte. Die Frage, ob die Ausgleichungspflicht, wenn die Schenkung durch einen Bevollmächtigten geschieht, auch durch diesen auferlegt werden kann, ist zu bejahen. Ist die Ehefrau laut gerichtlicher oder notarieller Vollmacht des Mannes zu Schenkungen aller Art berechtigt, so wird ihr auch das Recht zugestanden werden müssen, bei diesen Schenkungen die Ausgleichungspflicht anordnen zu können. Dies ergiebt sich aus ihrer Berechtigung, gemeinhin Schenkungen vorzunehmen, denn darin, daß die Ausgleichungspflicht bei einer Schenkung bestimmt wird, ist diese Schenkung in gewissem Sinne eine beschränkte. Kann nun die Ehefrau völlig uneingeschränkte Schenkungen machen, so wird ihr umsomehr das Recht, durch die Ausgleichungspflicht beschränkte Schenkungen vorzunehmen, zugesprochen werden müssen.[84])

Mit § 2050_3 steht die Frage, ob § 2050 rückwirkende Kraft habe, in engem Zusammenhange. In den früheren Rechten war der Kreis der Ausgleichungsobjekte meist ein größerer; vielfach

[83]) Desgleichen für das österreichische Recht Unger, § 46 (vergl. aber § 45, Anm. 7). Das sächsische Recht hat in § 2370 eine besondere Bestimmung hierüber, ebenfalls das A. L.-R., II_2, § 391; hessischer Entwurf Art. 331, 339.

[84]) Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 9. I. 1890 für das preußische Recht dahin geäußert, daß die zu Schenkungen bevollmächtigte Ehefrau die Kollation erlassen und dies gleich bei der Schenkung zum Ausdruck bringen könne.

war die Ausgleichungspflicht in Fällen eine selbstverständliche, in denen sie nach dem B. G.-B. ausgeschlossen ist, so z. B. bei bedeutenden Schenkungen im preußischen Recht. Bei derartigen Zuwendungen, deren Ausgleichung der Erblasser für selbstverständlich hielt, wird er daher dieselbe meistenteils nicht erst besonders angeordnet haben. Es fragt sich nun, ob derartige Zuwendungen nach dem B. G.-B. der Ausgleichung unterliegen. Man wird in diesen Fällen den Willen des Erblassers zu ergründen haben. Falls derselbe als dahingehend festgestellt wird, daß er die Ausgleichung gewollt, aber dies hervorzuheben unterlassen habe, weil er die Ausgleichung nach den zur Zeit der Zuwendung geltenden Gesetzen für selbstverständlich hielt, werden derartige Zuwendungen denen des Absatz 3 § 2050 gleichzustellen sein und deshalb der Ausgleichung unterliegen. In allen Fällen aber, in denen ein die Ausgleichung fordernder Wille des Erblassers nicht festzustellen ist, wird die Ausgleichung nicht stattzufinden haben. Man wird also dem § 2050 rückwirkende Kraft zuerkennen können, wenn der Wille des Erblassers, die Ausgleichung solle stattfinden, unter Berücksichtigung der früheren Rechtszustände festgestellt ist. Für das Vorhandensein eines solchen Willens wird der Beweis häufig durch den Notar geführt werden können.

Derselben Ansicht ist Habicht „Die Einwirkung des B. G.-B. S. 697". Dieser hebt mit Recht hervor, daß bei Beurteilung, ob ein die Ausgleichung anordnender Wille des Erblassers vorgelegen habe, dieser Wille nicht ausdrücklich ins Erscheinen getreten sein müsse, sondern vielmehr aus den Umständen gefolgert werden könne und dabei auch die früheren gesetzlichen Vorschriften über Kollation Berücksichtigung verdienten. Seine Ansicht begründet Habicht damit, daß die Kollationspflicht nicht eine Eigenschaft der Schenkung sei, dieser gewissermaßen als Beschränkung von ihrer Entstehung ab anhafte und sie deshalb von ihr auch unter das neue Recht mit übernommen werde, sondern daß sie eine Beschränkung des Erbrechts des Kollationspflichtigen sei, sich also allein nach den Gesetzen zur Zeit des Erbfalls richte. Für diese Ansicht spreche auch noch der Umstand, daß man bei ihr in dem zur Zeit des Todes des Erblassers geltenden Gesetz einen Standpunkt gewinne, von dem aus eine einheitliche Beurteilung mehrerer zeitlich auseinander liegender Zuwendungen desselben Erblassers möglich sei, während die Beurteilung nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Vor-

nahme zu von einander abweichenden und darum unbefriedigenden Resultaten führen müsse, z. B. Erblasser schenke seinem Sohn A 10000 M. im Jahre 1898 und B 10000 M. im Jahre 1900, so würde nach französischem Recht nur A ausgleichungspflichtig sein. Alle anderen Rechte gestatten ebenso wie das B. G.-B. dem Erblasser der Ausgleichung nicht unterliegende Gegenstände dieser zu unterwerfen. Nach gemeinem Recht kann der Erblasser die Kollation solcher Zuwendungen, die nach dem Gesetz nicht kollationspflichtig wären, anordnen. Dies beruht auf der Erwägung, daß dem Erblasser in gleicher Weise, wie es ihm freistehe, die Kollation zu beschränken oder aufzuheben, auch die Macht zustehen müsse, die Kollation über ihre eigentlichen Grenzen zu erweitern. Eine solche Erweiterung kann entweder in einer dispositio inter vivos und zwar in einer donatio sub modo oder in einem einfachen Versprechen des zukünftigen Konferenten (vergl. Fein § 68 S. 405) oder in einer letztwilligen Verfügung erfolgen. A. L.-R. II, 2 § 386; eine derartige Anordnung kann entweder sofort bei der Zuwendung — in diesem Fall formlos — oder durch letztwillige Verfügungen, auch durch das erleichterte Testament unter Kindern erfolgen.[85]) Dieselben Vorschriften trifft das österreichiche G.-B. (vergl. Unger § 46 Anm. 10, 11), der hessische Entwurf Art. 325, das sächsische B. G.-B. § 2357. Für das bayrische Landrecht Tl. III, Kap. I Nr. 15 genügt die die Ausgleichung bezweckende erweisliche Willenserklärung des Erblassers.

Die Ausgleichung des B. G.-B. stellt sich nach einem Blick auf die Objekte derselben im Prinzip als Versorgungsausgleichung dar. In einigen Fällen liegt jedoch auch im B. G.-B. Schenkungsausgleichung vor, insofern nämlich eine Ausstattung nach § 1624 insoweit als Schenkung gilt, als sie das den Vermögensverhältnissen des Gewährenden entsprechende Maß übersteigt; desgleichen auch die nach $\S\ 2050_2$ auszugleichenden Zuwendungen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 516. Außer in diesen Fällen kennt das B. G.-B. keine gesetzliche Schenkungsausgleichung im Gegensatz zu fast allen anderen Rechten. Das gemeine Recht unterwirft eine simplex donatio gemäß l. 20 C VI, 20 dann der Kollation, wenn dieselbe ein Kind erhalten hat, das keine dos oder ante nuptius donatio

85) Koch, II, § 881, S. 788; Dernburg, III, § 243, S. 720; Eccius, IV, § 274, S. 664; Gruchot, III, S. 97.

empfangen, die anderen Kinder aber mit einer dieser Gaben ausgestattet sind, ohne eine simplex donatio vom Erblasser erhalten zu haben.

Denselben Gedanken bringt das sächsische B. G.-B. § 2356 zum Ausdruck; Mommsen S. 323 tritt auch für derartige Bestimmungen ein. Das A. L.-R. II, 2, § 327—329 läßt Schenkungen, die in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Kapitalien bestehen, der Ausgleichung unterworfen sein.[86]) Ebenso das goth. Erbgesetz § 56. Verschiedene ältere deutsche Rechte schließen bei gewöhnlichen Schenkungen die Ausgleichung aus, sind aber bei bedeutenden Schenkungen der Ansicht des A. L.-R., so erneuertes württembergisches Landrecht von 1610 Tl. III Tit. 23 § 3, Frankfurter erneuerte Reform von 1611 Tl. VI Tit. 5 § 3, Churfürstlich-pfälzisches erneuertes Landrecht von 1610 Tl. IV Tit. 19 § 2, Landrecht der Markgrafenschaft Baaden von 1710 Tl. VI Tit. 15 § 1, Churfürstlich-Maintzisches Landrecht von 1755 Tit. XVII § 10. Das bayrische Landrecht Tl. III Kap. I § 15 läßt alle Schenkungen, außer den renumeratorischen, einwerfen, ebenso Corpus juris Frid. P II Liber VII Tit. 16 § 10 n. 3. Nach code civil Art. 843 ff. ist alles dasjenige, was der Erbe vom Erblasser mittels eines unentgeltlichen Rechtstitels erhalten hat, zurückzubringen. Ob gezahlte Schulden der Ausgleichung unterliegen, ist schon oben S. 72 ff. behandelt worden; ebenso die Stellung der fremden Rechte hierzu.

Was die rechtliche Natur der Zuwendungen anbelangt, so sind sie als Voraus oder Vorausempfang auf den künftigen Erbteil anzusehen.[87]) Das B. G.-B. steht hierbei auf deutschrechtlichem Standpunkt, vergl. §§ 2055_2, 2056, trotzdem es den im ersten Entwurf technisch gebrauchten Ausdruck „Vorempfangenes" vermeidet, Mot. V S. 701. Nur in § 1503_2 spricht das B. G.-B. bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinsichtlich der Ausgleichungspflicht von Vorempfangenem, während es sonst die Bezeichnung „Voraus" in § 1932 ff. für eine Begünstigung verwendet, welche nicht der Ausgleichung unterliegt.

---

86) Dasselbe verlangt Strützki, S. 188 für den Entwurf. Nach dem B. G.-B. sind derartige Schenkungen auch ausgleichungspflichtig, falls sie als Ausstattung gemäß § 2050 gegeben sind.

87) Vergl. Endemann, III, § 112, S. 493; Frommhold, S. 99; Schiffner, § 25, S. 103.

IV. Kapitel.

Die Durchführung der Ausgleichung.

§ 28.

Im Allgemeinen.

Die Ausgleichung erfolgt bei der Auseinandersetzung.

Über die Durchführung der Ausgleichung finden sich Vorschriften in §§ 2050_1, 2055—2057. Die Ausgleichung hat gemäß § 2050_1 bei der Auseinandersetzung zu erfolgen. Zu einer solchen Auseinandersetzung wird es stets kommen müssen, da zwischen den Erben eine Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht. Vor der Auseinandersetzung kann der Anspruch auf Ausgleichung nicht geltend gemacht werden. Ein solcher Fall ließe sich nur gemäß § 256 C.-P.-O. denken, falls ein Recht auf Feststellung der Ausgleichungspflicht begründet ist. Im preußischen Landrecht kann die Ausgleichung auch vor der Erbaussonderung erfolgen, falls ihre Voraussetzungen feststehen, weil sie eben, wie Dernburg III § 244 Anm. 1 sagt, der Teilung des Nachlasses unter den Erben vorausgeht.

Ist bei der Auseinandersetzung ein Ausgleichungsanspruch nicht berücksichtigt worden, so ist im allgemeinen die spätere Geltendmachung ausgeschlossen. Die Auseinandersetzung hat, wenn man so sagen darf, die Natur eines das Gemeinschaftsverhältnis der Erben abschließenden Rechtsgeschäfts. Dieser Natur entspricht es, daß nicht ohne weiteres Ausgleichungsansprüche, die dabei nicht geltend gemacht wurden, bei nachträglicher Erhebung Berücksichtigung finden. Ist die Auseinandersetzung durch den Richter beurkundet und von ihm durch Beschluß bestätigt,[88]) so wird der Inhalt des Auseinandersetzungsplanes für die Beteiligten mit dem Eintritt der Rechtskraft ver-

[88]) F. G. G. §§ 91, 93.

bindlich, wie ein Vertrag.[89]) Nach § 794 C.-P.-O. ist ein solcher Ausgleichungsplan ein Titel zur Zwangsvollstreckung. Dieser Natur der Auseinandersetzung ist es angemessen, daß später erhobene Ausgleichungsansprüche im Prinzip nicht mehr in Betracht gezogen werden. Nur in besonderen Fällen werden Ausnahmen gemacht, so wenn aus Irrtum die Ausgleichung übersehen worden ist. In diesem Falle kann der benachteiligte Erbe gegen den begünstigten Miterben auf Grund des § 812 wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen.[90]) Ferner kann bei Vorliegen von Irrtum,[91]) Zwang oder Betrug etc. eine Anfechtung nach den allgemeinen Regeln stattfinden und auf diese Weise der nachträglich geltend gemachte Ausgleichungsanspruch zur Verwirklichung gelangen.

Nach preußischem Recht ist dies der einzige Weg, auf dem ein nachträglich erhobener Ausgleichungsanspruch noch geltend gemacht werden kann. Die Anfechtung bestimmt sich hierbei nach den Regeln über Anfechtung eines Vergleichs bei privater Auseinandersetzung und nach den Regeln über Anfechtung rechtskräftiger Urteile bei gerichtlichen Erbrezessen, da private resp. gerichtliche Auseinandersetzungen diese Gültigkeit haben (Dernburg III § 244, 246). Das bayrische Landrecht Teil III Kap. 1 § 15 läßt auch nachträgliches Erheben eines Kollationsanspruches zu, ebenso Corpus juris Frid. P. II Liber VII Tit. 16 § 23 n. 4.

Aus dem Nichterheben eines Ausgleichungsanspruches bei der Auseinandersetzung in jedem Fall auf einen Verzicht dieses Anspruchs schließen zu wollen, dürfte sich nicht rechtfertigen lassen (Mot. V S. 700); vielmehr ist es Thatfrage bei jedem einzelnen Fall, ob ein solcher Verzicht vorliegt oder nicht. Handelt es sich um einen förmlich abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrag, so wird ein Verzicht meistenteils anzunehmen sein.

---

89) F. G. G. §§ 96, 97; Endemann, III, § 111, S. 490; Plank, Lief. 9, S. 191.

90) Denkschrift S. 280; Prot. S. 8160. Im österreichischen Recht ist dies nur möglich bei einer außergerichtlichen Auseinandersetzung. Im Falle einer rechtskräftigen gerichtlichen Erbteilung ist infolge des österreichischen Prozeßrechts die Realisierung der versäumten Anrechnung unausführbar; Unger, § 47, Anm. 4.

91) Ebenso Bähr, Gegenentwurf, § 1927.

§ 29.

Die Feststellung der Ausgleichungsgegenstände. Die Auskunftspflicht.

Zur Durchführung der Ausgleichung ist eine Feststellung der Ausgleichungsobjekte erforderlich. Die zur Ermöglichung einer solchen Feststellung nötigen Mittel gewährt § 2057. Erst der II. Entwurf hat diesen Paragraphen geschaffen; er entspricht hiermit einem praktischen Bedürfnis, das schon in derselben Weise vom preußischen Recht A. G.-O. I, 22 § 29 Nr. 10, vom bayrischen Recht III, 1 § 15 Nr. 23 und der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt worden ist. Nach § 2057 ist jeder Miterbe verpflichtet, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendungen zu erteilen, die er nach §§ 2050—2053 zur Ausgleichung zu bringen hat. §§ 260, 261 über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides finden entsprechende Anwendung. Durch diesen Paragraphen wird es ermöglicht zu erfahren, ob und in welchem Umfange eine Ausgleichungspflicht vorliegt.[92]) Dieser Auskunftspflicht unterliegen alle (möglicherweise zur Ausgleichung Verpflichteten) Miterben. Da die Auskunftspflicht dem Zweck dient, Klarheit hinsichtlich der Ausgleichung zu schaffen, bezieht sie sich auf folgende Punkte:

I. Hat der Verpflichtete oder der Abkömmling, an dessen Stelle er gemäß § 2051 getreten ist, Zuwendungen der in § $2050_{1,2}$ bezeichneten Art erhalten und welche?
II. Hat der Verpflichtete resp. der obenerwähnte Abkömmling nach § 2050_3 der Ausgleichung unterliegende Zuwendungen erhalten?
III. Zu welcher Zeit sind die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen gemacht worden? welche Beschaffenheit und welchen Wert hatten sie? wie groß waren sie?

Plank Lief. 9 S. 214 hegt Zweifel, ob die Auskunftspflicht soweit gehe, daß der Verpflichtete nähere Umstände anführen müsse, welche zur Feststellung des Wertes gemäß § 2055 von Belang sind. Sein subjektives Urteil über den Wert selbst abzugeben, kann von dem Verpflichteten nicht verlangt werden, jedoch wird derselbe ihm hinsichtlich dieses Punktes gestellte bestimmte Fragen beantworten müssen. Ausgleichungsobjekte der in § $2050_{1,2}$ bezeichneten Art wird der Ausgleichungspflichtige auch dann anzugeben haben, wenn der Erblasser die

[92]) Endemann, III, § 112, S. 498; Plank, Lief. 9, S. 213.

Ausgleichung erlassen hat; er wird die Befreiung von der Ausgleichungspflicht zu beweisen haben. Bei Zuwendungen des § 2050_3 wird dagegen den Ausgleichungsberechtigten der Beweis obliegen, daß der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat.

Ob ein der Ausgleichung unterliegender Miterbe nach § 2057 jedem Miterben oder nur der Gesamtheit der Miterben zur Auskunft verpflichtet ist, kann fraglich sein. Der ersteren Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein mit Rücksicht auf die Erwägung, daß der Anspruch auf Ausgleichung von jedem Miterben ohne die übrigen Miterben erhoben werden kann; infolgedessen erscheint auch die Annahme gerechtfertigt, jedem Erben stehe das zur Durchführung des Ausgleichungsanspruches gegebene Recht des § 2057 allein zu, ohne daß eine Zuziehung der übrigen Miterben erforderlich sei. Praktische Wichtigkeit besitzt diese Frage nur in geringem Maße, denn nach § 2039 würde, falls man der gegenteiligen Ansicht ist, daß der fragliche Miterbe nur der Gesamtheit der Miterben zur Auskunft verpflichtet sei,[93]) in analoger Anwendung auf vorliegenden Fall jeder Miterbe selbständig den Anspruch auf Auskunft erheben können mit dem Erfolg, daß der Ausgleichungspflichtige allen Miterben gegenüber die Auskunft erteilen müßte.

Um dieser Auskunftspflicht größeren Nachdruck zu verleihen, ist in Abs. 2 des § 2057 die Leistung des Offenbarungseides vorgesehen worden. In Ansehung hierauf finden §§ 260, 261 entsprechende Anwendung. Hieraus eine Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen seitens des Auskunftsverpflichteten zu folgern, kann Zweifeln unterliegen. Sicherlich ist ein Verzeichnis vorzulegen, wenn es sich um eine Zuwendung aus einem Inbegriff von Gegenständen bestehend, z. B. eine Aussteuer, handelt. In diesem Fall ist § 260_1, also auch § $261_{2,3}$ unmittelbar anzuwenden. Bestehen die Zuwendungen jedoch in Inbegriffen von Gegenständen, so können die obenerwähnten Zweifel entstehen, denn § 2057 sagt besonders, daß die §§ 260, 261 über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides entsprechende Anwendung finden. Dieser besondere Hinweis auf den Offen-

---

93) Für diese Ansicht spricht, daß dadurch eine Wiederholung der Auskunftserteilung und des Offenbarungseides, die nach der im Text vertretenen Ansicht erfolgen könnten, vermieden würde.

barungseid erregt Bedenken. Sollte § 260 auch hinsichtlich der Vorlegung des Verzeichnisses angewendet werden, so hätte genügt, wenn gesagt wäre: „§§ 260, 261 finden entsprechende Anwendung." Eine solche allgemeine Hinweisung ist in § 2057 nicht erfolgt; es kommen daher nur die Vorschriften in § 260, die sich auf den Offenbarungseid beziehen, zur entsprechenden Anwendung. Aus $\S 260_1$ läßt sich also nicht eine Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses bei § 2057 rechtfertigen, da dieser Absatz nach dem Ebengesagten gar nicht zur analogen Anwendung gelangt. Eine solche Verpflichtung ist vielmehr aus allgemeinen Erwägungen nur für bestimmte Fälle zu folgern. Im allgemeinen kann die nach § 2057 zu erteilende Auskunft in beliebiger Form erteilt werden. Besteht nun ein Grund zu der Annahme, daß diese Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist, so kann infolge des analog anzuwendenden Absatz 2 des § 260 die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden. Erwägt man nun, daß zur Leistung des Offenbarungseides eine schriftliche Unterlage notwendige Voraussetzung bildet, so erscheint es gerechtfertigt, daß für diesen Fall die Vorlegung eines Verzeichnisses verlangt werden kann.[94]) Der gemäß § 2057 zu leistende Eid stellt sich nur als eine Pflicht, nicht als ein Recht der Auskunftspflichtigen dar, Art und Höhe der Zuwendungen mit seinem Eide bekräftigen zu dürfen. Der zu leistende Eid dürfte etwa mit Rücksicht auf $\S 261_2$ folgendermaßen zu normieren sein: „Ich schwöre p. p., daß ich nach bestem Wissen die über die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen geforderte Auskunft so vollständig erteilt habe, als ich dazu im stande bin, so wahr p. p."[95]) Hinsichtlich des Verfahrens bei vorliegendem Eide finden §§ 898, 478 ff. C. P.-O. und §§ 163, 79 F. G.-G. Anwendung. Schwebt ein Rechtsstreit, so ist der Eid bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu leisten. Ist ein Rechtsstreit nicht anhängig, so findet die Eidesleistung vor dem Amtsgericht des Ortes statt, an welchem die Auskunft von dem Auskunftspflichtigen

---

[94]) Anderer Ansicht Schiffner, S. 108, nach dessen Meinung stets jeder Miterbe ein Verzeichnis der Ausgleichungsobjekte vorzulegen hat, also nicht nur in dem im Text erwähnten Fall; ebenso Märcker, S. 308, der die Erteilung der Auskunft stets durch Vorlegung eines Verzeichnisses erfolgen läßt.

[95]) Bähr, Bürgerl. Archiv, III, S. 225, und Gegenentwurf, § 1922; Mommsen, § 295, S. 328 verlangen den Eid auch auf den Wert ausgedehnt zu wissen.

gefordert wird oder des Ortes, wo er seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. Letzteres aber nur, wenn er im Inlande seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort besitzt. Zu dem Termin sind der Miterbe, der den Eid zu leisten hat, und die übrigen Miterben zu laden; erforderlich ist aber nur die Anwesenheit des Ersteren. §§ 163, 79 F. G. G. Handelt es sich nur um geringfügige Zuwendungen, so ist der Verpflichtete in Gemäßheit des § 259_3 zur Ableistung des Eides nicht verbunden. Daß geringfügige Zuwendungen vorliegen, wird namentlich dadurch bestätigt werden, daß die anderen Miterben die Zuwendung selbst für geringfügig ansehen und ihrer Ansicht dahin Ausdruck geben. Im übrigen wird der Verpflichtete die Geringfügigkeit der Zuwendung zu beweisen haben. Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt. Erscheint der Auskunftspflichtige in dem zur Ableistung des Eides bestimmten Termin nicht oder verweigert er die Ableistung des Eides, so kann er auf Antrag in Geldstrafe oder Haft bis 6 Monate genommen werden. Die Eidesleistung und eventuelle Vorlegung eines Verzeichnisses können im übrigen nur durch Klage erzwungen werden.

Dies eben besprochene Verfahren zur Feststellung der Ausgleichungsobjekte hat seinen Ursprung im deutschen Recht, im Sachsenspiegel, das wieder von der gemeinrechtlichen Praxis fortgebildet worden ist.[96]) Dieses ursprüngliche Verfahren unterscheidet sich jedoch dadurch von dem des B. G.-B., daß sich der Eid nur auf Mobilien bezog und Angabe und Beeidigung der Ausgleichungsobjekte als besonderes Recht des Ausgleichungspflichtigen galten, während im B. G.-B. eine Beschränkung auf Mobilien nicht besteht, auch der Eid nicht als Recht, sondern nur als Pflicht des Betreffenden angesehen wird.

Im Besonderen.

§ 30.

Das System im Allgemeinen.

Hinsichtlich der Art, wie sich die Ausgleichung vollziehen sollte, hatte der I. Entwurf einen bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht benutzten Weg eingeschlagen. § 2163 bestimmte nämlich, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten soviel zu entrichten habe, als der Letztere erhalten würde, wenn ein dem Wert des

[96]) Köppen, I, § 41, Anm. 4; Leist, 37/38, III, S. 415, 456.

Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und Verpflichteten nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu verteilen wäre. Diese Art der Ausgleichung des Entwurfs läßt sich unter keins der bis dahin angewandten Systeme der Real- oder Idealkollation unterbringen. Die Motive V S. 700 bezeichnen zwar die in § 2163 gegebene Art der Ausgleichung als Ideal- oder Wertausgleichung, indem sie beide Ausdrücke einander gleichstellen, doch ist diese Wertausgleichung des § 2163 gar keine Werteinrechnung, folglich auch keine Idealausgleichung. Der Entwurf benützt also den Ausdruck „Idealausgleichung" in einem anderen, als dem hergebrachten Sinne. Das B. G.-B. ist von dieser einzig dastehenden Behandlungsweise des Entwurfs abgegangen und hat die Art der Ausgleichung in völlig anderer Weise in §§ 2055, 2056 geordnet. Das B. G.-B. hatte die Wahl zwischen verschiedenen Systemen, die sich im Laufe der Rechtsentwickelung gebildet haben. Die Hauptprinzipe sind Real- und Idealkollation; jedoch finden sich innerhalb jeder dieser beiden Hauptklassen verschiedene Unterarten. Die Realkollation verlangt ein wirkliches Einbringen der Ausgleichungsobjekte, ein Rückbringen; dies kann seinerseits wieder auf 2 Arten geschehen, indem entweder die Zuwendung selbst oder deren Wert in die Erbmasse einzuwerfen ist. Letztere wird Wertausgleichung, erstere Naturalausgleichung genannt. Hinsichtlich dieser Bezeichnungen herrscht jedoch keine Einigkeit; die Motive z. B. gebrauchen sie teilweise, wie oben gezeigt, in anderem Sinne; auch Schiffner S. 109 versteht unter Wertkollation etwas Anderes, als die oben erwähnte Wertausgleichung.

Im Gegensatz zu der Realkollation verbleibt bei der Idealausgleichung das Zugewendete beim Ausgleichungspflichtigen; die Ausgleichungsobjekte werden bei der Nachlaßverteilung nur rechnerisch in Betracht gezogen. Dies kann sich wiederum auf zweierlei Weise vollziehen, indem entweder der Wert der Zuwendung der Nachlassmasse hinzugerechnet, daraus der Anteil eines jeden Miterben bestimmt und dem begünstigten Erben der Wert seiner Zuwendung von seinem aus der eben angestellten Berechnung sich ergebenden Anteil in Abzug gebracht wird oder jeder ausgleichungsberechtigte Miterbe den Wert der Zuwendung voraus erhält und erst dann die Teilung des Nachlaßrestes unter den Erben im Verhältnis ihrer Erbteile erfolgt. Die Idealausgleichung besitzt vor der Realausgleichung den

Vorzug, daß die Zuwendung in den Händen des Empfängers bleibt und hiermit der Wille des Erblassers,[97]) der Abkömmling solle das Empfangene dauernd behalten, zur Verwirklichung gelangt; dem entspricht auch, daß der Abkömmling nie auch dem Wert nach etwas von seiner Zuwendung herauszugeben braucht; ein weiterer Vorteil des Idealprinzips.

Das B. G.-B. hat sich in § 2055 für die Idealausgleichung entschieden und zwar für die oben zuerst behandelte Art und Weise der Werteinrechnung. Diese verdient vor der Idealausgleichung mit Vorausverabfolgung den Vorzug wegen größerer Einfachheit der Berechnung. Dies zeigt sich namentlich in dem Fall, wenn ein begünstigter Enkel mit seinen Geschwistern und Abkömmlingen anderer Stämme zusammenerbt.[98])

Diese vom B. G.-B. vermiedene Art der Idealausgleichung haben das A. L.-R. II, 2 § 303, 309, das österreichische G.-B. § 793; während die vom B. G.-B. gewählte Methode im hessischen Entwurf Art. 337, Mommsen § 294 S. 327 und bei Bähr Gegenentwurf § 1920 vertreten ist. Diese Ansicht findet sich schon im Bambergischen Landrecht von 1769 Teil I Anhang 2 Tit. 6 § 21. Hauptvertreterin des Realprinzips ist das gemeine Recht, welches jedoch auch die im B. G.-B. angeordnete Art und Weise zuläßt; das bayrische Landrecht Teil III Kap. I § 15 und das sächsische B. G.-B. § 2363. Letzteres giebt ein Wahlrecht zwischen Einwerfen der Sache selbst oder des Wertes. Das römische Recht verlangte collatio cautione aut re und betrachtete die erstere als Regel. Das schleswigsche Recht (Esmarch S. 344) gewährt den Kollationspflichtigen die Wahl zwischen Ideal- und und Realkollation,[99]) der Ausgleichungspflichtige kann die Sache selbst oder deren Wert einwerfen oder sich den Wert der Zuwendung auf seinen Erbteil anrechnen lassen. Ähnlich auch das französische Recht code civil Art. 858 (ou en nature ou en moins prenant). Auch das württembergische Recht kennt beide Arten der Kollation, jedoch ist die Idealkollation die gewöhnlichere (Stein § 135); vergleiche auch erneutes Landrecht des Herzogtums Württemberg von 1610 Teil III Tit. 23 § 1. Das Churfürstlich-Pfälzische Landrecht III Tit. 19 pr. giebt die

97) Denkschrift, S. 281.

98) Vergl. Schiffner, S. 110; Plank, Lief. 9, S. 202; Unger, § 47, Anm. 1. Für die Beibehaltung dieser Ausgleichungsmethode Strützki S. 189 „aus der Erbmasse gutgebracht".

99) Ebenso Strützki, S. 183, 189.

Wahl zwischen Real- und Idealkollation (Zurückstehen so lang, bis andere Erben auch soviel bekommen). In gleicher Weise das Stadtrecht der freien Reichsstadt Wimpfen Teil IV Tit. 4 § 1. Das Hohenloher Landrecht I, 4, 5 unterscheidet zwischen Mobilien und Immobilien, bei ersteren findet Ideal-, bei letzteren Realkollation statt. Das Zürcher G.-B. § 1908 scheint auf dem Standpunkt der Realkollation zu stehen (in die Verlassenschaft einwerfen).

§ 31.

Die Durchführung der Ausgleichung. Die Berechnungsweise des § 2055_1.

Das B. G.-B. gebraucht öfters §§ 2050_1, 2053_1 den Ausdruck „zur Ausgleichung bringen". Aus dieser Redeweise des B. G.-B. könnte man sich vielleicht veranlaßt sehen zu schließen, das B. G.-B. verlange eine Rückbringung und stehe demnach auf dem Standpunkt der Realausgleichung. Dies verhält sich aber nicht so, wie aus der in § 2055 angeordneten Ausgleichungsmethode hervorgeht. In diesem Paragraphen ist von einem wirklichen Rückbringen nicht die Rede; derselbe bestimmt vielmehr ein Hinzurechnen bez. Anrechnen des Wertes der Zuwendung, eine sogenannte Rechnungsausgleichung.[100]) Nach Satz 2 § 2055 findet zuerst[101]) eine Hinzurechnung des Wertes aller Zuwendungen zu dem Nachlaß statt. Zu dem Nachlaß aber nur, insoweit dieser den Erben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet. Diesen Satz hat die Reichstagskommission der größeren Klarheit halber hinzuzufügen für nötig erachtet,[102]) um Irrtümer zu vermeiden für den Fall, daß außer den der Ausgleichung unterliegenden Abkömmlingen noch andere Erben vorhanden sind; z. B. der überlebende Ehegatte ist neben den Abkömmlingen gesetzlicher Erbe oder es tritt nur in Ansehung eines Teiles der Erbmasse gesetzliche Erbfolge ein, über den anderen Teil hat der Erblasser von Todeswegen verfügt und andere Erben eingesetzt.

100) Dieselbe Art des Ausgleichungsvollzuges und die gleiche Berechnungsweise hat Bähr, Gegenentwurf, § 1920.

101) Hiernach wäre eine Fassung dieses Paragraphen richtiger gewesen, die den Satz 2 dem Satz 1 vorangestellt hätte.

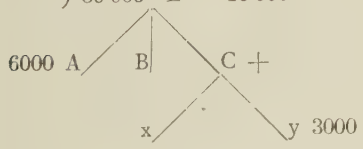
102) Diese Bestimmung des § 2055 wäre eventuell auch entbehrlich, da sie sich aus § 2050_1 ergiebt (untereinander). Zum Zweck der größeren Deutlichkeit ist in § 2055 dies noch einmal direkt zum Ausdruck gebracht (vergl. sächsisches G.-B., § 2362).

Die Ausgleichung soll ihre Wirkung eben nur unter Ausgleichungspflichtigen und Berechtigten äußern, andere Erben berührt die Ausgleichungsverbindlichkeit überhaupt nicht. Dies wäre aber nicht der Fall, wenn die Ausgleichungsobjekte dem ganzen Nachlaß hinzugerechnet würden, denn dann würden sich dadurch auch die Erbteile der nicht ausgleichungsberechtigten Miterben erhöhen, also auch diese an der Ausgleichung beteiligt sein. Um nun diese anderen Erben an der Ausgleichung weder aktiv noch passiv teilnehmen lassen zu müssen, wird nur aus dem Nachlaß, insoweit er den der Ausgleichung unterliegenden Erben zukommt, und dem Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen die Gesamtsumme gebildet und damit die rechnerische Grundlage der Ausgleichungsgemeinschaft festgestellt.[103]) Sind also noch andere Erben vorhanden, so werden zuerst die Erbteile dieser Erben aus der Nachlaßmasse berechnet und erst dem danach sich ergebenden Nachlaßrest der Wert der ausgleichungspflichtigen Gaben hinzugerechnet. Voraussetzung ist natürlich, daß vor allem die Nachlaßschulden und Verbindlichkeiten aus der Erbmasse befriedigt sind und daß erst nachher zur Berechnung der Erbteile geschritten werden kann. Aus dieser durch die Hinzurechnung gewonnenen Masse werden im Verhältnis der Erbteile die Erbquoten der einzelnen ausgleichungspflichtigen Erben berechnet und auf diese hierdurch erhaltenen Quoten die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen des betreffenden Abkömmlings in An- resp. Abrechnung gebracht. Es hat z. B. Jemand[104]) als Erben seine Ehefrau, 2 Söhne und 2 Enkel seiner verstorbenen Tochter hinterlassen. Das eine Enkelkind y hat nach dem Tode seiner Mutter 3000 M. Ausstattung, der Sohn A 6000 erhalten. Die Erbmasse beträgt 50 000; Schulden derselben 10 000. Es wird dann, wie folgt, verfahren. Der reine Nachlaß beläuft sich nach Zahlung der Schulden auf 40 000. Die erbende Ehefrau unterliegt nicht der Ausgleichungspflicht, folglich wird zuerst ihr Erbteil berechnet;

---

103) Diese rechnerische Vereinigung mit dem Nachlaß ähnelt der Kommixtion des deutschen und römischen Rechts. Leist, 37/38, III, S. 301, 445.

104) 50 000 E — 10 000



daselbe beträgt nach § 1931 $^1/_4$ = 10 000. Die an die Abkömmlinge zu verteilende Masse ist also 30 000; hierzu werden die Zuwendungen 6000 und 3000 hinzugerechnet, macht im ganzen 39 000. Hiervon werden die Erbquoten bestimmt. Die beiden Söhne erhalten je $^1/_3$, die Enkel je $^1/_6$. Der Sohn hat sich nun auf ein Drittel = 13 000 seine 6000 Ausstattung anzurechnen, folglich erhält er 13 000 — 6000 = 7000; B hat keine Zuwendungen auszugleichen, folglich erhält er die vollen 13 000. Ebenso der Enkel x seine vollen 6500. Enkel y aber hat sich seine Ausstattung mit 3000 anzurechnen, bekommt also 6500 — 3000 = 3500; die Addition der hieraus berechneten Erbquoten (7000 A + 13 000 B + 6500 x + 3500 y = 30 000) ergiebt die Richtigkeit der Rechnung.

Daß infolge dieser Berechnung die Ausgleichungsberechtigten mehr bei der Erbteilung erhalten, falls ihre Miterben eine Zuwendung haben und nichtausgleichungsberechtige Miterben vorhanden sind, als wenn der Erblasser die Zuwendung nicht gemacht, sondern die entsprechende Summe in seinem Vermögen behalten hätte, ist unbestreitbar.[105]) Allein hierin liegt keine Unbilligkeit, vielmehr entspricht dies dem zu vermutenden Willen des Erblassers, seine Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Vorempfänge gleichzustellen. Deswegen ist auch die von Dernburg III § 141 S. 286, Göschen § 970 Nr. 3, Keller § 540 Nr. 1 empfohlene Berechnungsart, daß die nicht kollationsberechtigten Miterben bei der Verteilung der Zuwendungen mitzurechnen seien und die auf sie entfallenden Teile bei dem Kollationspflichtigen bleiben sollten, nicht gutzuheißen. In unserem Beispiel erhielte die Witwe $^1/_4$ des reinen Nachlasses = 10 000, B $^1/_3$ des Restes = 10 000 und $^1/_4$ der Zuwendungen 6000 + 3000 (da ja die Ehefrau mitzuzählen wäre, nur $^1/_4$) = 2250 also 12 250; A $^1/_3$ des Restes = 10 000 + $^1/_4$ der Zuwendung von 3000 = 750 + $^1/_4$ seiner Zuwendung und das bei ihm bleibende $^1/_4$ seiner Zuwendung, das für die überlebende Ehefrau in der Berechnung angesetzt worden ist, je 1500 = 3000 also zusammen 13 750 — 6000 = 7750; x $^1/_6$ vom Rest = 5000 + $^1/_8$

[105]) Hätte z. B. in vorerwähntem Beispiel der Erblasser die Zuwendungen von 6000 und 3000 nicht gemacht, sondern diese Summe zurückbehalten, so würde die Erbmasse 49 000 betragen; die Ehefrau erhielte $^1/_4$ mit 12 250, die beiden Söhne A und B je $^1/_3$ von den restierenden 36 750, also = 12 250, x und y je $^1/_6$ = 6125; B erhielte also 750, x 875 weniger als im vorigen Beispiel.

der Zuwendungen 6000 + 3000 = 1125 also 6125; y $^1/_6$ vom Rest = 5000 + $^1/_8$ der 6000 des A = 750 + $^1/_8$ seiner eigenen Zuwendung = 375 + das bei Mitrechnung der Ehefrau für diese angesetzte, aber bei ihm verbleibende $^1/_4$ seiner Zuwendung = 750, insgesamt also 6875 — 3000 = 3875. Vergleicht man nun alle 3 Berechnungsarten, so erhielten:

nach der im Text angegebenen Art,	wenn der Erblasser die Zuwendungen zurückbehalten hätte	nach Dernburg
Ehefrau 10 000	12 250	10 000
B 13 000	12 250	12 250
A 7 000	12 250	7 750
x 6 500	6 125	6 125
y 3 500	6 125	3 875

Hiernach ergiebt sich, daß nach Dernburg die Berechtigten nur soviel erhalten, als sie bekommen würden, falls der Erblasser die in Rede stehenden Zuwendungen zurückbehalten hätte, die Verpflichteten aber mehr bekommen, als ihnen gebühren würde. A erhält nach Dernburg 7750 aus der Erbmasse, hat aber früher schon 6000 empfangen, er hat also vom Erblasser im ganzen 13 750, während er doch nach Schema II nur 12 250 erhalten würde; ebenso ist es bei y. Derselbe bekommt nach Dernburg 3875 aus der Erbmasse, hat aber vorher schon 3000 empfangen, hat also insgesamt 6875 erhalten, während ihm nach Schema II nur 6125 zustehen würden. Die Dernburgsche Berechnungsart erweist sich also auch als lückenhaft, indem bei ihr die Verpflichteten mehr erhalten, als wenn die Zuwendungen im Vermögen des Erblassers geblieben wären. Dies entspricht aber noch weniger als die Resultate des Schema I den Verhältnissen, da man annehmen kann, daß die Ausgleichungspflichtigen in der Zeit seit der Zuwendung bis zum Erbfall Zinsen und Früchte der Zuwendung genossen haben, diese aber nicht einwerfen müssen. Schon aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt es sich, daß die Berechtigten gleichsam als Ersatz der Zinsen und Früchte der Zuwendung nach unserer Berechnung etwas mehr als die Verpflichteten erhalten. Betrachtet man sich den Grund, aus welchem die Berechtigten in Schema II weniger als in Schema I erhalten, so liegt dies an dem Miterben der Ehefrau, die auch an den zurückbehaltenen 9000 teilnimmt. Sie partizipiert an diesen 9000 mit $^1/_4$ = 2250. Diese 9000 sind in Schema I und III nur unter die Kinder verteilt, die Witwe

bleibt außer Betracht; in Schema II nimmt diese aber an den 9000 teil. Dies bringt die Ungleichheit bei der Berechnungsweise zwischen I und II hervor. Denn ebenso wie bei Schema I bei den Zuwendungen nur die Kinder in Betracht gezogen werden, muß dies bei II auch geschehen, um beide Resultate in richtiger Weise vergleichen zu können. Bei II hat die Witwe von den Zuwendungen 2250, diese müssen auf die Kinder verrechnet werden; es bekommt also jeder Stamm $^1/_3 = 750$, also A und B je 750, x und y je 375. A und B würden also insgesamt je 13 000, x und y 6500 erhalten. Vergleicht man nun Schema II mit I, so ergiebt sich die völlige Gleichheit auf den ersten Blick bei B und x. Bei A und y tritt dies erst zu Tage, wenn man erwägt, daß diese schon Zuwendungen von 6000 resp. 3000 erhalten haben und diese bei einer Vergleichung mit Schema II in Betracht zu ziehen sind. A hat 7000 aus der Erbmasse und früher 6000 Zuwendung erhalten, auf ihn entfallen also insgesamt 13 000; dies stimmt aber mit Schema II überein; ebenso verhält es sich bei y, dessen Erbteil 3500 beträgt, der eine Ausstattung von 3000 empfangen, also insgesamt mit 6500 bedacht ist.

Hieraus ergiebt sich, daß die Berechnungsweise nach I die richtige und keineswegs unbillige ist. Eine Verschiedenheit zu II entsteht nur dadurch, daß bei I an den 9000 Zuwendung nur die Abkömmlinge, bei II aber auch die Witwe teilnimmt. Dies muß ein schiefes Resultat liefern, welches sich aber sofort richtig stellt, wenn man auch bei II die 9000 nur unter die Abkömmlinge verteilt und wie bei I die Witwe nicht in Betracht zieht.

Bei Schema III erhält zwar die Witwe auch nichts von den Zuwendungen, jedoch entsteht dadurch eine Unbilligkeit, daß die auf sie entfallenden Teile der Zuwendungen nicht unter alle Abkömmlinge gleichmäßig verteilt, sondern nur dem Ausgleichungspflichtigen überwiesen werden.

§ 32.

Der für die Wertberechnung maßgebende Zeitpunkt.

§ 2055_2 regelt die Frage, welcher Wert der Zuwendung bei der besprochenen Berechnungsweise anzusetzen sei. Bei Entscheidung dieser Frage können mehrere Zeitpunkte in Betracht kommen; vornehmlich der der Zuwendung oder der des Erb-

falls. Das B. G.-B. hat ersteren gewählt[106]) und angeordnet: „Der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist.“ Für die Festsetzung der Wertbestimmung auf diesen Zeitpunkt ist für das B. G.-B. entscheidend, daß diese Regelung allein der Auffassung entspricht, dem begünstigten Abkömmling sei das Zugewendete vom Erblasser seiner Zeit dauernd zu vollem Recht übertragen und der Abkömmling durch die Zuwendung definitiver Eigentümer des Zugewendeten geworden, ihm daher auch die Zuwendung dauernd verbleiben und auf seine Gefahr stehen solle.[107]) Alles, was von diesem Zeitpunkt an mit der Zuwendung geschieht, berührt nur den Bedachten, kommt also für die Ausgleichungsberechtigten gar nicht in Betracht. Mithin ist bei solcher Auffassung der Zuwendung den Zeitpunkt der Zuwendung selbst als das Entscheidende anzunehmen, das einzig Richtige. Ferner spricht hierfür noch, daß das B. G.-B. auf dem Standpunkt der Idealausgleichung steht. Die Realausgleichung verlangt im Prinzip Ausgleichung in natura. Ist aber die Art der Ausgleichung durch Leistung in natura bestimmt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß auch nur das zur Ausgleichung zu bringen ist, was der Verpflichtete jetzt noch in natura von der Zuwendung besitzt oder dem Wert nach in seinem Vermögen vorhanden ist. Alles, was nicht durch seine Schuld untergegangen ist, braucht er nicht einzuwerfen, da er ja weder die Sache noch deren Wert hat. Bei den Gegenständen, deren Untergang er verschuldet hat, wird sich der Wert des Ersatzes nach der Zeit des Erbfalls bestimmen, da ja die Sache selbst nur, wie sie sich in diesem Augenblicke befände, einzuwerfen wäre. Diese Gesichtspunkte, die für die Realausgleichung maßgebend sind, fallen für die Idealausgleichung fort, da es sich hier nicht um Ausgleichung in natura handeln kann. Infolge des in § 2055_2 klargelegten Standpunktes des B. G.-B. hat der begünstigte Abkömmling

---

106) Ebenso Bähr im Archiv, III, S. 224; Gegenentwurf, § 1920_3, und Strützki, S. 183, 189, der für den Fall, daß der Ausgleichungspflichtige Einwerfung des Gegenstandes selbst vorzieht, den gegenwärtigen Wert entscheiden läßt.

107) Motive, V, S. 708; Denkschrift, S. 281. Der Erblasser giebt, wie die Motive S. 701 besonders hervorheben, etwas zum Eigentum hin, nicht nur zur Verwaltung, wenn auch die Ausgleichung vorbehalten ist. Es ist nicht anzunehmen, der Erblasser habe Mehrung und Minderung der Zuwendung den Ausgleichungsberechtigten zum Vorteil resp. Nachteil gereichen lassen wollen.

Wertverminderungen der Zuwendung allein zu tragen, wie ihm auch die Werterhöhungen allein zu Nutze kommen. Ob ein eventueller Untergang von Ausgleichungsobjekten durch seine Schuld oder zufällig eintritt, ist gleichgültig; er hat denselben bei der Ausgleichung stets zu vertreten.[108]) Außer Betracht bleiben auch Zinsen, Nutzungen und Früchte der Gegenstände; diese braucht er nicht in Rechnung zu setzen, darf sich aber auch keine auf die Sache gemachten Aufwendungen anrechnen. Etwas anderes ist es, wenn der Ausgleichungspflichtige sich weigert, Auskunft zu erteilen oder absichtlich falsche Angaben macht und dadurch den Vollzug der Erbteilung verzögert. In solchen Fällen wird er Schadensersatz leisten müssen, jedoch richtet sich die Höhe desselben nach dem durch die Verzögerung der Erbteilung den Miterben erwachsenen Schaden vollständig unabhängig davon, wieviel seine Zuwendungen betrugen.

Über alle oben erwähnten Punkte Anordnungen zu treffen, erübrigt sich nach dem Standpunkt des B. G.-B. hinsichtlich der Wertberechnung (Mot. V S. 711).

Das B. G.-B. hält streng an diesem Grundsatz fest und läßt nicht einmal gewisse Ausnahmen, die das deutsche Recht, welches auf demselben Standpunkt steht, kennt, zu. Nach Art. 26 des alten Stadtrechts von Lüneburg sollte nämlich schuldloser Untergang der Zuwendung von der Ausgleichung befreien.[109]) Nicht zu verkennen ist, daß sich bei der in § 2055_2 angeordneten Wertbestimmung Schwierigkeiten in der thatsächlichen Feststellung ergeben können. Dies würde für die Berechnung des Wertes nach der Zeit des Erbfalls sprechen. Ebenso ferner die Erwägung, daß die Zuwendung nach ihrem jetzigen Wert in der Erbmasse sich befände, wenn sie der Erblasser dem Abkömmling nicht gegeben, sondern zurückbehalten hätte. Der erste dieser beiden Gründe erscheint in gewisser Weise gerechtfertigt, jedoch dürften, da nach § 2057 der Ausgleichungspflichtige Auskunft über die Zuwendungen erteilen muß, die sich ergebenden Schwierigkeiten nicht eben so bedeutend sein, um deshalb eine andere Wertberechnung einzu-

---

[108]) Die ausgestattete Tochter ist auch zur Ausgleichung verpflichtet, falls sie die ihr gegebene Aussteuer durch Insolvenz ihres Ehemannes verloren hat.

[109]) Vergl. Leist, 37/38, III, S. 309. Auch Mommsen S. 327 möchte für diesen Fall eine Ausnahme gemacht wissen. Es entspräche dem nahen geschwisterlichen Verhältnis in solchen Fällen, statt des strengen Rechts ausnahmsweise die Billigkeit walten zu lassen.

führen, zumal da die gewählte allein der Ansicht des B. G.-B. hinsichtlich der Zuwendung zu dauerndem Recht des Bedachten entspricht. Der zweite Grund ist noch weit weniger durchgreifend, da ohne weiteres nicht vorausgesetzt werden kann, daß die Zuwendungen, falls sie der Erblasser zurückbehalten hätte, eine ebensolche Wertminderung erfahren hätten, wie sie es jetzt in den Händen des Abkömmlings gethan haben. Dies ist von so verschiedenen Umständen abhängig, daß man eine gleiche Entwickelung der Zuwendungen in den Händen des Erblassers und des Abkömmlings ohne weiteres als Regel nicht annehmen kann. Ist aber eine solche Annahme nicht gerechtfertigt, so fällt damit der zweite Grund.

Es mag zugegeben werden, daß sich manchmal Unbilligkeiten ergeben werden, wenn dem Ausgleichungspflichtigen der Wert zur Zeit der Zuwendung berechnet wird; allein dies liegt in der Natur der Sache. Würde man den Zeitpunkt des Erbfalls als maßgebend annehmen, so würden auch gewisse Unbilligkeiten hervorgerufen werden.[110]) Erhält z. B. ein Abkömmling Wertpapiere als Ausstattung; dieselben fallen; der Erblasser stirbt und hinterläßt nur Wertpapiere derselben Art. Diese Wertpapiere kommen nun bei der Nachlaßteilung nach dem jetzigen Wert in Betracht, während der Abkömmling dieselben Papiere zu dem höheren Kurs zur Zeit der Zuwendung sich anrechnen muß. Dies ist eine Unbilligkeit nach § 2055_2. Eine Unbilligkeit für den anderen Fall der Wertberechnung entsteht, falls der Abkömmling die Wertpapiere gleich nach der Zuwendung bei hohem Kursstand verkauft hat; trotzdem kommt bei der Ausgleichung nur der Wert der Zuwendung beim Erbfall, also der niedrigere Kursstand der Papiere, in Anrechnung. Eine gleiche Unbilligkeit ergiebt sich, falls der Abkömmling die Papiere behält und dieselben nachträglich steigen. Er hat z. B. 10 000, im Nachlaß befinden sich 20 000, die Aktien sind um das Doppelte gestiegen; der Abkömmling erhält also beim Miterben zweier Brüder nach dem B. G.-B. $\frac{40\,000 + 10\,000}{3} - 10\,000 = 6666\frac{2}{3}$, nach der anderen Berechnung $\frac{40\,000 + 20\,000}{3} - 20\,000 = 0$.

110) Vergl. Strohal, S. 84, und Küntzel in Gruchots Beiträgen, Bd. 41, S. 813, No. 24.

Im allgemeinen wird also gemäß § 2055 der Wert nach der Zeit der Zuwendung zu berechnen sein, jedoch immer unter der Voraussetzung, daß der Erblasser selbst über diesen Punkt keine Anordnungen getroffen hat. § 2055_2 ist dispositiven Charakters und sind daher abweichende Bestimmungen des Erblassers zu beachten. Der Erblasser kann einen bei der Ausgleichung anzunehmenden Wert der Zuwendung festsetzen. Er kann hierbei entweder selbst den Wert angeben oder dies dem Ermessen eines Dritten übertragen (§ 2048). Derartige Anordnungen des Erblassers sind jedoch durch das Pflichtteilsrecht beschränkt; kein Abkömmling darf in seinem Pflichtteil dadurch verletzt werden. Dies gilt in gleicher Weise für den Fall, daß durch zu hohe Ansetzung des Wertes seitens des Erblassers der Pflichtteil des bedachten Abkömmlings verkürzt werden würde, wie für den Fall, daß der Erblasser den Wert zu niedrig bestimmt und infolge dessen die nichtbedachten Abkömmlinge in ihrem Pflichtteil benachteiligt würden (§ 2316_3). In denselben Grenzen kann der Erblasser Anordnungen treffen, denen zufolge die Zeit der Erbteilung oder des Erbfalls für den Wert der Zuwendung entscheidend sein soll. Hinsichtlich der Form und Art solcher Bestimmungen findet das über den Erlaß der Ausgleichung und die Anordnung der Ausgleichung sonst nicht ausgleichungspflichtiger Gegenstände Gesagte entsprechende Anwendung S. 18 ff., 80 ff. Wird von den Miterben die Angabe des Ausgleichungspflichtigen über den Wert der Zuwendung bestritten und ein höherer Wert als der angegebene behauptet, so lastet auf ihnen die Beweispflicht.[111])

Für die Beweisführung, ob überhaupt eine ausgleichungspflichtige Zuwendung vorliegt und wie hoch der Wert derselben sich beläuft, werden die sogenannten Annotationen der Erblasser von Wichtigkeit sein. Durch sie kann gemäß des in § 286 C. P. O. aufgestellten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung des Richters voller Beweis hinsichtlich dieser Punkte erbracht werden.[112]) Ihnen wird hauptsächlich dann voller

---

[111]) Vergl. Hachenburg, S. 426; Böhm, § 79, Anm. 1; Plank, Lief. 9, S. 211.

[112]) Ähnliche Bestimmungen hatten schon das bayrische Landrecht von 1756, Teil III, Kap. I, § 15; Fürstlich Brandenburgisches Landrecht von 1769, Teil I, Anh. 2, Tit. 6, § 25. Das preußische Landrecht enthält keine besonderen Anordnungen darüber, Teil II, Tit. 2, § 384—388 geben nur Vorschriften, wie der Erblasser zur Ausgleichung verpflichten und den Wert der Ausgleichungs-

Glaube beizumessen sein, wenn sie spezialisiert sind. Natürlich wird der Richter bei der Beweiswürdigung derartiger Annotationen auch das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern zu berücksichtigen haben. Sind sie z. B. mit einander verfeindet, so wird eine gänzlich andere Beweiswürdigung der elterlichen Annotationen platzgreifen, als wenn das Verhältnis ein recht inniges gewesen ist. Nicht zu übersehen ist, daß die Annotationen sich nicht auf die Fälle beziehen, in denen der Erblasser in Betreff des den Kindern wirklich Gegebenen die Verpflichtung zur Ausgleichung oder den Wert derselben festsetzen, also eine die Kinder in Voraussetzung des Empfanges obligierende Anordnung treffen will. Bei den Annotationen kommt der Verpflichtungswille des Erblassers gar nicht in Betracht; hier handelt es sich vielmehr nur darum, festzustellen, daß der Abkömmling etwas empfangen hat und eventuell zu ersehen, in welcher Höhe die Zuwendung erfolgt ist.

Die Stellung der übrigen Rechte hinsichtlich der Wertberechnung ist eine äußerst verschiedene. Das gemeine Recht sieht der herrschenden Ansicht nach den Zeitpunkt des Erbfalls als entscheidend an. Für Verminderungen und Verschlechterungen der Ausgleichungsobjekte haftet der Erbe, für dolus von der Zuwendung an, für culpa in concreto vom Erbfalle ab. Die Fragen hinsichtlich dieser Haftung sind sehr bestritten.[113]) Dernburg III § 141 S. 283, Brinz III § 410 S. 296, Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 S. 400 berechnen das Einzuwerfende nach der Zeit des Empfanges. Dem gemeinen Recht schließen sich an das bayrische und das württembergische (Stein und Kübel § 138) Recht. Hohenloher Landrecht V, 4, 6, Arnold I 456; Fürstlich-Bambergisches Landrecht Tl. I Anh. 2 Tit. 6 § 19, Mainzer Landrecht fordern Berechnung des Wertes nach der Zeit der Zuwendung. Der hessische Entwurf Art. 338 hat dieselbe Bestimmung wie das B. G.-B. Auch das österreichische Recht nimmt im Prinzip als maßgebenden Zeitpunkt den der Zuwendung an, unterscheidet jedoch § 794

objekte festsetzen kann. Der gemeine Zivilprozeß sprach Annotationen halbe Beweiskraft zu (Renaud, Zivilprozeß, S. 338, Anm. 5). Dieselbe Ansicht findet sich in dem Erkenntnis der Leipziger Juristenfakultät (Matthiä, Kontroversenlexikon, III, S. 123) und Erkenntnis des O. A. G. zu Wolfenbüttel am 4. August 1828 (Matthiä, II, 1, S. 131).

113) Über das Prästieren von Früchten und Zinsen siehe Fein, § 54, S. 309; Leist, 37/38, VII, S. 476; Köppen, I, § 41, S. 257.

zwischen Mobilien und Immobilien. Der Wert von Mobilien soll hiernach nach der Zeit des Erbfalls berechnet werden. Daraus ergiebt sich, daß Sachen, die in diesem Zeitpunkt ohne Schuld des Empfängers untergegangen sind, nicht in Betracht zu ziehen sind. Erblasserische Anordnungen über den Wert der Zuwendung sind entscheidend. Das preußische Landrecht II, 2, § 333 ff. vertritt denselben Standpunkt. Es hat dem österreichischen Recht hierin zum Vorbild gedient. Grundsätzlich ist der Wert zur Zeit des Empfanges anzurechnen. Eine Ausnahme hiervon ist aus Billigkeitsrücksichten[114]) für Mobilien gemacht worden. Bei diesen wird der Wert zur Zeit der Erbteilung veranschlagt. Ausstehende Kapitalien sind nach § 332 nach ihrem eigentlichen Betrage auszumitteln. Papiere, die einen Kurs haben, werden nach dem Kurs zur Zeit des Empfanges berechnet. Auf den Namen ausstehende Forderungen kommen mit ihrem Nennwert in Anrechnung. Vor allem maßgebend bleiben aber stets Anordnungen des Erblassers über den Wert, natürlich in den Grenzen des Pflichtteilsrechts. Erreicht aber der vom Erblasser angegebene Wert nicht die Hälfte des wirklichen Wertes der Zuwendung, so muß sich der Abkömmling die Hälfte des wahren Wertes anrechnen lassen (§ 338). Ist der Wert vom Erblasser zu hoch angesetzt, so ist nichts dagegen zu machen, wenn das Kind bei der Annahme der Zuwendung sich dies hat gefallen lassen. Hat der Erblasser aber erst später den Wert so hoch angesetzt, so kann das Kind den Wert ermitteln lassen und wählen, ob es die Sache sich zu diesem Wert anrechnen lassen oder zur Erbmasse zurückgeben will (§§ 340 ff.). Das französische Recht (code civil) macht ebenfalls einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien (Art. 860, 868). Erstere sind nach dem Wert, den sie zur Zeit der Schenkung hatten, zurückzubringen. Bei Immobilien kommt der Wert zur Zeit des Erbfalls in Betracht. Bei dem französischen Recht ist eine solche Unterscheidung gerechtfertigt, da bei Immobilien Real-, bei Mobilien Idealkollation eintritt. Bei dem österreichischen und preußischen Recht findet immer Idealkollation statt und ist des-

---

114) Bornemann, VI, S. 178. Es wäre unbillig, daß die ausgestatteten Kinder ihre schon lange erhaltenen Möbel nach dem einstigen Wert sich anrechnen müßten und damit den unausgestatteten Kindern, die die väterlichen Möbel mitgebraucht hätten, so viel geben sollten, daß diese sich neue Möbel anschaffen könnten.

halb ein Unterschied in der Wertberechnung nicht begründet.[115]) Das Zürcher G.-B. bestimmt nichts Ausdrückliches über den Zeitpunkt der Wertanrechnung, steht aber im allgemeinen auf dem Antizipationsstandpunkt, den das B. G.-B. ja auch vertritt. Das sächsische B. G.-B. §§ 2363—2365 verlangt Einwerfung des Wertes zur Zeit des Erbfalls. Dies ergiebt sich als Folge der Realeinwerfung, die das sächsische B. G.-B. vertritt.

In § 2056 ist Fürsorge für einen besonderen Fall getroffen, wenn nämlich der ausgleichungspflichtige Abkömmling durch die Zuwendung schon mehr erhalten hat, als auf ihn bei der Auseinandersetzung kommen würde. Bei einer Prüfung, ob dies vorliegt, ist nach § 2055 der auf den Ausgleichungspflichtigen entfallende Teil unter Berücksichtigung der Zuwendungen zu berechnen, nicht etwa die Ausgleichungsobjekte mit dem Erbteil, der aus der reinen Nachlaßmasse zufallen würde, zu vergleichen. Auf diese Voraussetzung weist § 2056 in Satz 1 durch die Worte „bei der Auseinandersetzung zukommende" hin, denn bei dieser muß ja immer die Ausgleichungspflicht Berücksichtigung finden. Zu beobachten ist ferner, daß § 2056 nur zur Anwendung gelangt, falls die auf den betreffenden Abkömmling entfallende eigene Erbquote kleiner ist, als das ihm Zugewendete. Dies ist besonders hervorzuheben mit Rücksicht auf §§ 1935, 2095, da nach diesen Paragraphen die Erbteile, um die sich die Quote des Abkömmlings erhöht resp. diese anwachsen, hinsichtlich der Ausgleichung als besondere Erbteile gelten.[116]) Dasselbe ist der Fall, wenn der Abkömmling verschiedenen Stämmen angehört, § 1927. Eine Voraussetzung des § 2056 ist also, daß nur der ureigentliche Erbteil des Abkömmlings geringer ist als seine Zuwendung.

Daß bei der Berechnung des Erbteils des Abkömmlings immer auch die Zuwendungen anderer Abkömmlinge zu beachten sind, ist rücksichtlich § 2055_1 selbstverständlich.

§ 33.

Die besondere Berechnungsweise für den Fall des § 2056.

In den Fällen, in welchen die Zuwendung des Abkömmlings seinen Erbteil übersteigt, müßte eine Herauszahlung seitens des

115) Vergl. Unger, § 47, Anm. 7.

116) Näheres oben S. 47 ff.

Abkömmlings erfolgen. Dies würde aber keineswegs der Auffassung des B. G.-B.,[117]) der Erblasser habe die Zuwendung dem Abkömmling zu dauerndem Recht zum Eigentum übermachen wollen, entsprechen. Die Ausgleichungsobjekte sollen dauernd beim Abkömmling verbleiben und damit ist eine Rückzahlung des Wertes eines Teiles der Zuwendung unvereinbar. Ebenso würde dies dem Grundsatz des B. G.-B., daß die Ausgleichung durch Werteinrechnung, also lediglich durch Berechnung und keinesfalls in natura zu erfolgen habe, zuwiderlaufen. Das B. G.-B. vertritt also den Standpunkt, daß der begünstigte Abkömmling auf keinen Fall den Mehrbetrag der Zuwendung über den auf ihn entfallenden Erbteil herauszuzahlen hat. Der Ausgleichungspflichtige braucht also nicht erst die Erbschaft auszuschlagen, um sich gegen einen durch die Ausgleichungspflicht in diesem Fall ihm entstehenden Nachteil zu schützen. Dies würden aber die Ausgleichungspflichtigen wahrscheinlich in der großen Mehrzahl der Fälle thun, wenn das B. G.-B. hinsichtlich dieses Punktes auf einem anderen Standpunkt stände. Das B. G.-B. trägt also, wie man sieht, durch Feststellung des vorerwähnten Prinzips auch den allgemeinen praktischen Lebensverhältnissen Rechnung und vermeidet Weiterungen, die durch Ausschlagen der Erbschaft doch sicherlich entstehen würden.

Die Berechnungsweise des § 2055_1 wird nun infolge des eben erwähnten Prinzips für die Fälle, in denen die Zuwendung größer ist als der Erbteil, unanwendbar. Hieraus ergiebt sich die Notwendigkeit einer anderen Berechnungsart für diese Fälle. Dieselbe ist in § 2056 gegeben. Dieser Paragraph bestimmt, daß in diesen Fällen „der Nachlaß unter die übrigen Erben in der Weise geteilt wird, daß der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleiben".[118]) Diese letzten Worte sind dahin zu verstehen, daß einmal der Wert der Zuwendung des betreffenden Abkömmlings nicht dem Nachlaß

---

[117]) Auch Strützki, S. 183, 189, läßt die Ausgleichungspflichtigen nicht zur Herauszahlung des den Erbteil übersteigenden Teils der Zuwendung verpflichtet sein; ebenso Bähr, Gegenentwurf, § 1920_4.

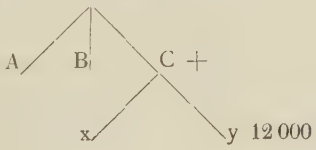
[118]) Strohal, S. 85, wirft dieser Fassung des Gesetzes Unklarheit vor, nicht ganz mit Unrecht, denn der Ausdruck „bleibt außer Ansatz" kann zu Mißverständnissen führen; anders Zimmer im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Preuß, Bd. VI, Heft 12, S. 763, der die Fassung als mustergültig bezeichnet.

hinzugerechnet wird, zweitens dieser Abkömmling aus dem Nachlaß nichts erhält. Er gilt als durch die Zuwendung hinsichtlich seiner Erbansprüche vollbefriedigt. Sein Erbteil bleibt außer Ansatz. Dies bedeutet jedoch nicht, daß seine Person bei der Berechnung des Verhältnisses der verschiedenen Erbquoten nicht mitgezählt, daß er als gar nicht vorhanden angesehen wird;[119]) denn nur sein Erbteil, nicht er, als Erbe, bleibt außer Ansatz. Zur Ermittelung der einzelnen Erbquoten wird er mitgerechnet, erhält nur selbst keinen Erbteil; vielmehr wird der Nachlaß ohne Hinzurechnung seiner Zuwendung unter die anderen Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbquoten, die, wie eben gesagt, unter Hinzuziehung der Person des überschwerten Abkömmlings berechnet sind, verteilt (§ 2047). Die Quotenverhältnisse der einzelnen Miterben zu einander bleiben dadurch also völlig unberührt; es ändert sich nur der Nenner, nicht der Zähler des ihre Erbquote darstellenden Bruches.[120]) Z. B. der Erblasser hat 2 Söhne A und B und 2 Enkel, Söhne der verstorbenen Tochter C, x und y, hinterlassen.[121]) Der

119) Wäre dies der Fall, so käme man zu höchst unbilligen Ergebnissen; erbten z. B. 2 Enkel und 1 Sohn des Erblassers A und hätte der Enkel x eine Ausstattung von 30 000 erhalten, so würde bei einem Nachlaßbestand von 30 000 x überschwert sein und A und y erbten zu gleichen Teilen je 15 000. y hätte im besten Fall, wenn der Erblasser die 30 000 Ausstattung des x in der Masse behalten hätte, 15 000 erhalten; wäre also jetzt durch das Ausfallen des x nicht geschädigt. A hätte im gleichen Fall 30 000 Erbteil erhalten, jetzt würde derselbe aber nur 15 000 betragen. A wäre also um 15 000 durch die Zuwendung an x, die nicht zur Ausgleichung gelangt, geschädigt, während y nicht im geringsten im Nachteil sich befände. Dies entspricht nicht der Billigkeit, vielmehr rechtfertigt es sich, daß jeder Erbe seine ihm zukommende Erbquote erhalte und der eigentlich dem Überschwerten zukommende Erbteil unter die anderen Miterben verhältnismäßig zur Verteilung gelange. Dies ist der der im Text angegebenen Berechnungsweise zu Grunde liegende Gedanke, nur daß anstatt daß erst die Erbteile für alle Erben berechnet werden und der frei werdende Erbteil des Überschwerten unter die anderen in dem Verhältnis ihrer Erbquote verteilt wird, gleich von Anfang an die gesamte Erbmasse im Verhältnis der Erbquoten geteilt wird, was zu demselben Resultat auf einfacherem Wege führt.

120) Die Motive, V, S. 708, sind auch für verhältnismäßige Verteilung; sie nehmen auf § 1794 (Entwurf), dem § 2089 B. G.-B. entspricht, Bezug.

121) Erblasser 36 000



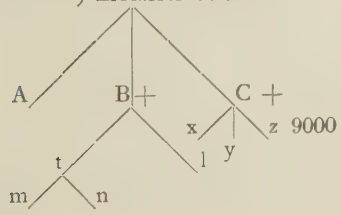
Enkel y hat nach dem Tode seiner Mutter eine Ausstattung von 12000 erhalten. Der Nachlaß beträgt 36000. Zuerst ist zu sehen, ob y durch die Zuwendung mehr erhalten hat, als sein Erbteil beträgt. Berechnung nach § 2055_1: $\frac{36000 + 12000}{6}$ = 8000, seine Zuwendung beträgt 12000, also um 4000 mehr als sein Erbteil. Die Voraussetzung des § 2056 liegt also vor. Infolge dessen werden bei Berechnung der Erbquoten die 12000 nicht dem Nachlaß hinzugezählt; y erhält selbst nichts, er wird nur bei der Feststellung der Erbquoten berücksichtigt. Diese stellen sich A $^1/_3$, B $^1/_3$, x $^1/_6$, y $^1/_6$. Im Verhältnis dieser Erbteile wird der Nachlaß unter A, B und x geteilt, da ja y nichts bekommt, also im Verhältnis von 2 : 2 : 1; A erhält daher $^2/_5$, B $^2/_5$, x $^1/_5$ oder A = 14400, B = 14400, x = 7200.

Dieser Berechnungsweise schließen sich an Böhm § 79 S. 299, Endemann III § 112 Anm. 35, Plank Lief. 9 S. 212, Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 615, 616 Nr. 15, Schiffner § 27 S. 112, Kosack II § 390 S. 744, Matthiaß II § 168 S. 470. Ähnlich auch Frommhold S. 104, der für alle Erben, auch den begünstigten Abkömmling, Erbteile auswirft und den dem überschwerten Abkömmling gehörenden Erbteil unter die anderen Miterben im Verhältnis ihrer Erbquoten verteilt. Anderer Ansicht sind Strohal S. 85 und Hachenburg S. 429. Beide gehen von der Erwägung aus, daß die anderen Miterben durch den Mehrbetrag der Zuwendung über den Erbteil des begünstigten Abkömmlings, den er ja nicht herauszuzahlen braucht, einen Nachteil in ihren Erbteilen erleiden. Sie berechnen den Erbteil jedes Erben nach § 2055_1, zählen die Zuwendung dem Nachlaß zu und werfen aus dieser Summe für alle Erben, auch den begünstigten Abkömmling, Erbteile aus. Insoweit der Erbteil des Ausgleichungspflichtigen reicht, gilt er als durch die Zuwendung gedeckt; der Mehrbetrag der Zuwendung stellt einen Ausfall der übrigen Miterben dar, da die Summe nicht zum Nachlaß gekommen ist. Diesen Nachteil müssen die Erben im Verhältnis ihrer Erbquoten tragen, d. h. sie müssen sich von den ihnen zukommenden Erbteilen im Verhältnis derselben Abzüge machen lassen, bis auch dieser Mehrbetrag dadurch gedeckt ist. Auf unser Beispiel angewendet, ergiebt sich Folgendes: Der Nachlaß ist 36000 + 12000 (Zuwendung) = 48000, A erhält $^1/_3$ = 16000, B $^1/_3$ = 16000, x $^1/_6$ = 8000, y $^1/_6$ = 8000. y hat aber 12000 Ausstattung bekommen; diese gelten nach dem eben

Gesagten in Höhe von 8000 durch den Erbteil gedeckt. Es bleibt also ein Ausfall von 4000. Diesen haben die anderen Erben im Verhältnis ihrer Erbquoten oder wie $^1/_3 : {}^1/_3 : {}^1/_6 = 2 : 2 : 1$ zu tragen oder A 1600, B 1600, x 800. Diese Beträge haben sie sich auf ihren Erbteil in Abzug zu bringen; es bekommt also A 16000 — 1600 = 14400, B 16000 — 1600 = 14400, x 8000 — 800 = 7200.

Diese Resultate stimmen mit denen überein, die durch die oben angeführte Berechnungsart gewonnen sind. Letztere unterscheidet sich aber vorteilhaft von ersterer dadurch, daß sie auf einem weit einfacheren Wege dasselbe Ergebnis erzielt. Dies zeigt sich ganz deutlich bei etwas schwierigeren Fällen, z. B.[122]) der Erblasser hinterläßt als Erben Sohn A, vom vorverstorbenen Sohn B einen Enkel l und von dessen vorverstorbenen Bruder 2 Kinder m und n (also Urenkel) und 3 Kinder der vorverstorbenen Tochter C, x, y, z. Der Nachlaß beträgt 36000, z hat 9000 Ausstattung erhalten. Strohal verteilt zuerst den Nachlaß + Zuwendung = 45000; es würden also erhalten A $^1/_3$ = 15000, l $^1/_6$ = 7500, m und n je $^1/_{12}$ = 3750, x, y, z je $^1/_9$ = 5000. z hat also 4000 Zuwendung zuviel erhalten. Diese werden nun verhältnismäßig den Erben abgezogen, also wie im Verhältnis von $A : m : n : l : x : y = 12 : 3 : 3 : 6 : 4 : 4$; demnach A $^{12}/_{32}$ von 4000 = 1500, m und n je $^3/_{32}$ von 4000 = 375, l $^6/_{32}$ von 4000 = 750, x und y je $^4/_{32}$ von 4000 = 500. Diese Summen sind von den vorher berechneten Erbteilen abzuziehen, A erhält daher 15000 — 1500 = 13500, m und n 3750 — 375 = 3375, l 7500 — 750 = 6750, x und y je 5000 — 500 = 4500. Nach der anderen Rechnungsweise werden die 9000 des z nicht der Erbmasse zugerechnet, letztere vielmehr unter die übrigen Erben im Verhältnis ihrer eigentlichen Erbquoten verteilt oder im Verhältnis von $^1/_3 : {}^1/_{12} : {}^1/_{12} : {}^1/_6 : {}^1/_9 : {}^1/_9$ oder wie $12 : 3 : 3 : 6 : 4 : 4$ oder A $^{12}/_{32}$ = $^3/_8$ = 13500, m und n je $^3/_{32}$ = 3375, l $^6/_{32}$ = 6750, x und y je $^4/_{32}$ = $^1/_8$ = 4500. Die Ergebnisse sind dieselben,

122) Erblasser 36000



nur daß man bei Strohal 2 Rechnungen, hier nur eine anstellen muß. Strohal verlangt diese kompliziertere Rechnungsweise, weil nur diese bei schwierigeren Fällen zu richtigen Resultaten führe. Er gelangt zu dieser Ansicht auf Grund einer falschen Auffassung der Worte „bleibt außer Ansatz". Nach Strohals Meinung soll dies bedeuten, daß damit jede Berücktigung des überschwerten Abkömmlings fortfallen soll, daß er nicht einmal bei Berechnung der einzelnen Erbquoten mitgezählt werde. Handelt es sich z. B. um 1 Sohn und 2 Enkel des Erblassers, von denen einer überschwert ist, so sollen alsdann Sohn und Enkel je die Hälfte der Erbmasse erhalten. Dies widerspricht, wie der Billigkeit, so auch dem Inhalt des Gesetzes; denn nach § 2047 gebührt den Erben der nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibende Überschuß nach dem Verhältnis ihrer Erbteile. Die Erbteile werden aber durch das Außeransatzbleiben des Erbteils des Überschwerten nicht berührt. Dies hat Strohal auch gefühlt und schlägt daher die seiner Ansicht nach mit dem Gesetzestext nicht übereinstimmende Berechnungsweise vor. Diese Berechnungsart stimmt, wenn sie auch etwas umständlich ist, doch mit dem Wortlaut des Gesetzes, der eben anders, als wie Strohal ihn deutet, auszulegen ist.

§ 2056 kann mehrmals bei einer Erbschaft zur Anwendung gelangen, falls verschiedene Abkömmlinge Zuwendungen erhalten haben. Ob mehrere Abkömmlinge durch Zuwendungen in ihrem Erbteil überschwert sind, tritt klar zu Tage, wenn sich gleich bei der Berechnung der Erbteile gemäß § 2056 ergiebt, daß bei verschiedenen Erben die Zuwendungen größer sind als ihr Erbteil. Der Erblasser hinterläßt z. B. Sohn A, 2 Söhne der vorverstorbenen Tochter B, C und D; C ist mit 26000, D mit 22000 ausgestattet; der Nachlaß beträgt 30000. Es fällt alsdann auf A $\frac{1}{2}$ von 78000 = 39000, auf C $\frac{78000}{4} - 26000 =$ -6500, auf D $\frac{78000}{4} - 22000 = -2500$. Es ergiebt sich also von vornherein, daß C und D überschwert sind. Schwieriger ist es, wenn sich dies nicht sogleich bei der Berechnung der Erbteile zeigt. Es kann nämlich zunächst nur bei einem Erben der Erbteil kleiner sein als seine Zuwendungen, dadurch aber, daß dieser Erbe gemäß § 2057 außer Ansatz bleibt und seine Zuwendung nicht der Nachlaßmasse zugerechnet wird, also eine Verminderung der angenommenen Erbmasse erfolgt, auch bei

einem anderen Erben sich ergeben, daß dessen Zuwendung seine Erbquote überschwert, was natürlich vorher nicht der Fall war, da damals noch die Erbquote aus der durch die Zuwendung des ersten weggefallenen Abkömmlings vergrößerten Erbmasse berechnet war. Z. B. D hat im vorigen Beispiel 18000 erhalten. Es bekämen also nach der ersten Berechnung $A = \frac{36000 + 26000 + 18000}{2} = 37000$, $C = \frac{30000 + 26000 + 18000}{4} - 26000 = -7500$, $D = \frac{30000 + 26000 + 18000}{4} - 18000 = 500$. Es wäre also zuerst nur C, nicht aber D überschwert. D bleibt daher außer Ansatz; seine Zuwendung von 26000 wird infolge dessen dem Nachlaß nicht mehr zugerechnet; folglich entfällt auf D jetzt nur noch von $30000 + 18000$ $^1/_3$, da A und D ja die Erbmasse im Verhältnis ihrer Erbquoten von $^1/_2$ und $^1/_4$ oder wie 2 : 1 teilen. D würde also nur 16000 aus der Erbmasse empfangen, hat nun aber 18000 Ausstattung bekommen, ist also auch überschwert und bleibt auch außer Ansatz.

Denselben Standpunkt wie das B. G.-B., daß der Ausgleichungspflichtige nie mehr auszugleichen hat, als sein Erbteil beträgt, und daß er in keinem Fall zu einer Herausgabe eines Teils der Zuwendung verpflichtet ist, vertreten auch der hessische Entwurf Art. 331, das österreichische G.-B. § 793, das sächsische B. G.-B. § 2361, das A. L.-R. II, 2, § 312 im Gegensatz zum gemeinen und württembergischen Recht.[123]) Das preußische und österreichische Recht machen jedoch in gewissen Fällen von diesem allgemeinen Prinzip eine Ausnahme. A. L.-R. II, 2, § 333 ff. bestimmt, daß, wenn nicht ausgestattete Kinder miterben, und der väterliche Nachlaß nicht ausreicht, ihnen eine notdürftige Ausstattung zu gewähren, die ausgestatteten Kinder verpflichtet sind, ihnen eine solche zu geben resp. das Fehlende zu ergänzen. Mehrere ausgestattete Geschwister tragen nach dem Verhältnis ihrer Zuwendungen bei; jedoch braucht kein Kind mehr beizutragen als den Betrag von $^1/_3$ seiner eigenen Ausstattung.

Eine derartige Bestimmung hat das B. G.-B. nicht aufgenommen, denn sie würde dem allgemeinen Prinzip zuwider sein. Außerdem sind solche Anordnungen aus dem Gesichtspunkt der

123) Stein und Kübel, § 129, S. 144; Vangerow, II, § 516, Anm. 4.

Alimentationspflicht anzusehen, da es sich eigentlich um die Frage, inwieweit Geschwister unterhaltspflichtig sind, handelt, und sind daher bei diesem Kapitel nicht beim Erbrecht zu entscheiden.

Schon der erste Entwurf hat die im B. G.-B. wiedergegebene Ansicht gehabt. Er hat den Grundsatz von der Nichthaftung des Abkömmlings über seine Erbquote hinaus nicht geradezu aufgestellt, sondern nur seine Ansicht in § 2164_1 durchblicken lassen, indem er bestimmt, daß die Ausgleichungspflicht als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit gilt. Hiermit will der Entwurf zum Ausdruck bringen, daß die Ausgleichungspflicht durch den Wert des Erbteils begrenzt wird und keine Herausgabepflicht ist; denn dem Erben steht wegen Nachlaßverbindlichkeiten das Inventarrecht zu. Auch für den Fall, daß der Abkömmling des Inventarrechts verlustig gehen könnte, ist in § 2146 Vorsorge getroffen, indem unter Miterben die „Abzugseinrede" trotz Erlöschens des Inventarrechts zugelassen ist.[124])

---

[124]) Motive, V, S. 709, 677. Über die Beurteilung dieser Vorschrift vergl. Gierke, S. 565; Bähr, Archiv für das bürgerliche Recht, III, S. 221.

V. Kapitel.

Die Natur des Ausgleichungsanspruches.

Die Bestimmungen über Ausgleichung finden, wie schon erwähnt, Anwendung nur unter den Abkömmlingen des Erblassers. Die Ausgleichungspflicht wirkt nur obligatorisch nach Innen unter den beteiligten Miterben; sie erzeugt lediglich obligatorische Rechtsbeziehungen.[125]) „Eine dingliche und nach außen wirkende Verschiebung der Erbteile" ist nicht die Folge der Ausgleichung.[126]) Auf diesen Standpunkt des B. G.-B. weist die Fassung der Bestimmungen über dieselbe, so besonders die öftere Benutzung des Ausdrucks „verpflichtet" §§ 2050_1, 2051_1, 2052, 2056 hin. Die Wahl dieses Wortes zeigt deutlich, daß nur obligatorische Wirkungen durch die Ausgleichungspflicht hervorgerufen werden. Für diese Auffassung spricht ferner noch die Einreihung der Bestimmungen über die Ausgleichung in den Unterabschnitt „Rechtsverhältnisse der Erben unter einander".[127])

Dieselbe Ansicht über die Wirkung der Ausgleichung hatte der I. Entwurf.[128]) Er brachte dies zum Ausdruck, indem er in § 2164 anordnete, daß die Forderung des Berechtigten nicht als ein Bestandteil des gesetzlichen Erbteils desselben gilt.

Dieser Standpunkt des B. G.-B. ist besonders hinsichtlich der Nachlaßgläubiger von großer Bedeutung. Denn äußerte die

125) Eine dingliche Kraft spricht ihr das B. G.-B. von Wilke und Reatz, V, S. 116, zu.

126) Motive, V, S. 710.

127) In demselben Zusammenhange hat das sächsische B. G.-B. die Einwerfungspflicht behandelt; ebenso Mommsen und die meisten Pandektenlehrbücher; vergl. Fein, S. 392. Das österreichische G.-B. hat die Ausgleichung bei Anrechnung in den Pflicht- und Erbteil, das A. L.-R. bei der gesetzlichen Erbfolge zur Besprechung gebracht.

128) Motive, V, S. 710.

Ausgleichungspflicht ihre Wirkungen nach außen hin, so würden dadurch auch die Nachlaßgläubiger berührt; auch diesen kämen dann die Vorteile der Ausgleichung zu gute. Dies wäre jedoch ein höchst unangemessenes Resultat. Es entspräche der mit der Ausgleichung bezweckten Absicht, eine Gleichstellung aller Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Vorempfänge zu schaffen, im Hinblick auf den als Grundlage der Ausgleichung zu präsumierenden Willen des Erblassers nicht im geringsten. In praktischer Hinsicht würden auch der Durchführung dieser Ansicht bedeutende Schwierigkeiten erwachsen. Sähe man nämlich das Recht auf Ausgleichung als eine Erweiterung des Erbteils des Berechtigten, beziehungsweise die Pflicht zur Ausgleichung als eine Minderung des Erbteils des Verpflichteten an, so müßte eine Verschiebung der Bruchteile, mit denen die Erben den Nachlaßgläubigern haften, erfolgen. Die Berechnung dieser Bruchteile würde jedoch mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein.[129])

Teilt man die Ansicht des B. G.-B., so können derartige Schwierigkeiten gar nicht in Betracht kommen. Dritte Personen, welche außerhalb des Kreises der Ausgleichungssubjekte stehen, werden in keiner Weise von der Ausgleichung berührt. Es ändert sich in Folge dessen auch an der Stellung der Nachlaßgläubiger den der Ausgleichung unterliegenden Erben gegenüber nichts. Die Abkömmlinge haften ihnen, als ob eine Ausgleichung gar nicht stattgefunden hätte. Es bleibt daher auch derjenige Abkömmling, welcher gemäß § 2056 nichts aus der Erbmasse erhalten hat, den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet. Der Abkömmling wird, mag er durch Gesetz oder Testament berufen sein, unmittelbar Erbe; ihm steht nur das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen, § 1942. Thut er dies nicht, so bleibt er Erbe, auch wenn er bei der Erbschaft leer ausgeht. Es ändert in seiner Erbenstellung nichts, ob er durch die Erbschaft Vermögensvorteile erhält oder nicht. Die Höhe seiner Haftung den Nachlaßgläubigern gegenüber richtet sich lediglich darnach, ob er ein Inventar errichtet hat. Demzufolge sind also Abkömmlinge auch dann den Nachlaßgläubigern verhaftet, wenn sie infolge zu großer Zuwendungen aus der Erbmasse selbst nichts mehr erhalten; sie haben ja ihre Eigenschaft als Erben dadurch nicht eingebüßt. Ihnen steht jedoch stets

[129]) Motive, V, S. 710.

das Recht auf Beschränkung der Haftung durch Errichtung des Inventars zu.[130])

Diese Stellung der Ausgleichungspflichtigen den Nachlaßgläubigern gegenüber ist eine der bedeutsamsten Folgen der nur nach innen wirkenden obligatorischen Kraft der Ausgleichung. Aber auch in anderen Fällen gelangt diese zur Geltung; so z. B. bei der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses durch die Erben. Für gewisse Beschlüsse ist gemäß §§ 2038, 745_1 Stimmenmehrheit, die sich nach der Größe der Anteile berechnet, entscheidend. Für die Berechnung dieser Stimmenmehrheit kommt es nun sehr darauf an, ob die Ausgleichung sich nach außen hinwirkend äußert oder nur obligatorisch nach innen unter den der Ausgleichung Unterliegenden wirkt. Nimmt man Ersteres an, so erfahren also die Erbteile der Abkömmlinge auch nach außen hin Veränderungen, mithin wird sich auch die Berechnung ihrer Stimmen bei den obenerwähnten Beschlüssen nach diesen Erbteilen vollziehen; ein überschwerter Abkömmling hätte demnach überhaupt keine Stimme. Tritt man aber der zweiten Ansicht, daß die Erbteile nach außen dieselben bleiben, bei, so erfolgt durch die Ausgleichung keine Veränderung der Stimmen. Ebenso wichtig ist es, welche Ansicht man teilt, für den Fall, wenn es sich um Teilung des Reinertrages und Kosten der Verwaltung § 2038_2 handelt, da nach §§ 743, 748 diese im Verhältnis der Anteile verteilt werden. Man sieht also, wie wichtig es ist, welcher Ansicht man sich bezüglich der Wirkung der Ausgleichungspflicht anschließt.

Da nach der hier vertretenen Ansicht der überschwerte Abkömmling dadurch, daß er aus der Erbmasse nichts erhält, nicht aufhört Erbe zu sein, so kann er ebenso, wie die anderen Erben die Gläubiger auffordern, ihre Forderungen anzumelden § 2061; er ist gleichfalls berechtigt, Eröffnung des Nachlaßkonkurses und

---

130) Für das preußische Recht ist gleicher Ansicht Gruchot, III, S. 30/31; Eccius, IV, § 274, S. 658; Bähr im Archiv f. b. R., III, S. 224/225 giebt den ausgleichungspflichtigen Miterben, die wegen Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen über den Betrag des aus dem Nachlaß Empfangenen hinaus Zahlung leisten müssen, wegen dieses bezahlten Mehrbetrages ein Rückgriffsrecht auf ihre Miterben bis zum Betrage dessen, was diese selbst aus dem Nachlaß empfangen haben. Als Begründung hierfür führt Bähr an, daß der Ausgleichungspflichtige seinen Miterben gegenüber mit Unrecht zahlt, insoweit er genötigt ist, durch Zahlung an Nachlaßgläubiger die ihm gemachte Zuwendung zurückzuzahlen.

Aufgebot der Gläubiger zu beantragen. Gehört ein Anspruch zum Nachlaß, so kann er Leistung an alle Miterben respektive Hinterlegung fordern § 2039. Ohne ihn dürfen die Erben nicht über einen Nachlaßgegenstand verfügen. Handelt es sich um eine unbeschränkte Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, die sich aber gemäß §§ 2059_1, 2061 nur auf die den Erbteilen entsprechende Teile der Verbindlichkeiten erstreckt, so haftet der überschwerte Abkömmling sein ihm eigentlich zukommenden Erbteil entsprechend gleichgültig ob derselbe gemäß § 2056 außer Ansatz bleibt.

Darin daß die Ausgleichungspflicht nur obligatorisch nach innen und nicht dritten unbeteiligten Personen gegenüber ihre Wirkung äußert, ist die Entscheidung der Frage nicht inbegriffen, ob Vorteile, die für den Erbteil des Abkömmlings aus der Ausgleichungspflicht eines anderen Miterben erwachsen, in Rechtsgeschäften und Verfügungen des Abkömmlings über seinen Erbteil mitenthalten sind. Ganz deutlich spricht sich das B. G.-B. in § 2372 für den Fall des Erbschaftskaufes aus. Auch bei der Verpfändung des Erbanteils seitens des Abkömmlings, die ihm ja nach $\S\ 2033_1$ zusteht, ist diese Frage in analoger Anwendung des § 2372 zu bejahen.

Auf die sonstigen Gläubiger des Erben, die ihre Rechte aus Verfügungen und Rechtsgeschäften mit dem Abkömmling, die sich nicht auf dessen Erbanteil beziehen, herleiten, finden diese Ausführungen keine Anwendung. Diese Gläubiger sind nicht berechtigt, die Ausgleichung zum Besten für ihren Schuldner zu verlangen.[131])

Der Ausgleichungsanspruch entsteht mit dem Erwerbe der Erbschaft, dem Zeitpunkt, in welchem die gesetzlichen Voraussetzungen der Ausgleichungsverbindlichkeit sich erfüllen. In diesem Augenblick wird die Ausgleichungspflicht des bedachten Abkömmlings (vergl. die Redeweise des B. G.-B. und der Motive V, $\S\ 2051_2$, S. 699, 702, 703, 706, 710)[132]) und die Forderung des Berechtigten (§ 2164 I. Entwurf), das Ausgleichungsrecht (Mot. V, S. 699, 710) begründet. Dieser Anspruch ist vererblich und veräußerlich, kann auch, wie sonst ein Erbteil, von den Gläubigern des Erben gepfändet werden.

Die Ausgleichungspflicht ist nach dem B. G.-B. direkt erzwingbar bei der Auseinandersetzung der Erben §§ 2050_1,

[131]) Schiffner, § 24, Anm. 3; Strützki, S. 187.

[132]) Bähr, § 1917.

2055_1.[133]) Das B. G.-B. folgt hierin deutschen Rechtsanschauungen[134]) und setzt sich in Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht. Für letzteres Recht wird zwar von Leist 37/38 III S. 450 ff.,[135]) Sintenis III § 189 Anm. 4 ein Zwang zur Kollation behauptet, jedoch entscheiden sich Windscheid III § 610 Anm. 25, Fein S. 295, Köppen I S. 360 und andere dagegen.

Dieser Zwang kann aber gemäß den § 33 gemachten Ausführungen nie zu einer Herausgabepflicht führen; er findet vielmehr seine Grenze in der Höhe des dem begünstigten Abkömmling zustehenden Teiles der Erbschaft.

Der Ausgleichungsanspruch steht, wie eben erwähnt, in innigem Zusammenhange mit dem Erwerbe der Erbschaft seitens der Beteiligten. Die Ausgleichungsverbindlichkeit ist nach Art einer bei der Zuwendung gemachten Auflage zu betrachten;[136]) nicht aber stehen Erbfolge und Ausgleichungspflicht im Verhältnis einer Bedingung zu einander.[137]) Nach anderer Ansicht wirkt die Ausgleichung, wie ein dem Verpflichteten auferlegtes Vermächtnis; es wird daher die Ausgleichung auch von verschiedenen Schriftstellern geradezu als gesetzliches Ausgleichungsvermächtnis bezeichnet.[138])

---

133) Vergl. Schiffner, S. 96; Frommhold, S. 103; Böhm, § 79, S. 297, Anm. 2; v. Roth, III, § 404, Anm. 25; vergl. auch Endemann, III, § 112, S. 493.

134) Vergl. Leist, 37/38, III, S. 452.

135) Leist begründet seine Ansicht mit der Einwirkung des deutschen Rechts; er verkennt nicht, daß im römischen Recht nur auf Grund einer stipulatio collationis eine spezialisierte Klage gegeben wurde, fingiert diese jedoch im gemeinen Recht als durch die Erbantretung geleistet.

136) So Frommhold, S. 99; dagegen Motive, V, S. 710; Brinz, III, § 410, S. 294, sieht die Kollationspflicht als einen Modus an, mit dem der Erbschaftserwerb verknüpft ist. Hachenburg, S. 426/427 bezeichnet die Ausgleichungspflicht als eine Last des Erbteils, eine auf dem Erbteil ruhende Verbindlichkeit. Die meisten Lehrbücher und Kommentare zum B. G.-B. äußern sich aber über diese Punkte überhaupt nicht.

137) Leist faßt für das deutsche Anticipationsprinzip die Erbfolge als eine bei Hingabe der Zuwendung getroffene stillschweigende Bedingung auf, S. 352, 356, 360; für das römisch-rechtliche Prinzip ist ihm die Erbantretung nicht Erfüllung einer stillschweigenden Bedingung, sondern Grund der Kollationspflicht. Köppen, I, S. 253, hält den Erberwerb für eine conditio juris, unter der die Kollationsverbindlichkeit schon sofort bei der Zuwendung entstanden ist.

138) So Schiffner, § 28; Matthiaß, II, § 168, S. 470, § 154, S. 415; vergl. auch Endemann, III, § 66, S. 284, Anm. 13.

Eine hervorragende Ähnlichkeit der Ausgleichung mit einem Vermächtnis ist auch nicht zu verkennen.[139]) Die Motive selbst weisen an einigen Stellen darauf hin (V S. 709, 378). Es entspricht erstens dem Wesen der Vermächtnisse, daß der Ausgleichungsberechtigte infolge der Ausgleichung einen Vermögensvorteil erhält und zwar einen Vermögensvorteil, der ihm ohne die Ausgleichung nicht zugekommen wäre. Diesen Vorteil empfängt der Berechtigte durch die nach § 2055_1 stattfindende Hinzurechnung der Zuwendungen zu dem Bestand des Nachlasses, soweit er den bei der Ausgleichung in Betracht zu ziehenden Erben zukommt, und durch den Abzug des Wertes der Zuwendungen auf die Erbteile der Verpflichteten. Die eigentliche Nachlaßmasse liefert somit den Vorteil des Berechtigten.[140]) Derselbe wird nicht aus dem Vermögen des Verpflichteten gewährt, da durch die in § 2055_1 angeordnete Art und Weise der Ausgleichung keine Vereinigung der Ausgleichungsobjekte und des Nachlasses realiter stattfindet. Die Zuwendungen gelten nicht als Nachlaßgegenstände. Das B. G.-B. macht einen ausdrücklichen Unterschied zwischen Nachlaß und Zuwendungen in §§ 2055_1 und 2056. Bei der Durchführung der Ausgleichung und zwar nur zu diesem Zweck werden die Zuwendungen gewissermaßen zum Nachlaß gehörig behandelt.[141]) Dieser Vorteil kommt dem Ausgleichungsberechtigten nicht in seinem Erbteil zu, wenn er auch bei der Erbauseinandersetzung zur Verwirklichung gelangt. Nicht kraft seines Erbrechts erhält der Berechtigte diesen Vermögensvorteil; es tritt ja in den Erbteilen keine Verschiebung mit dinglicher Kraft nach außen ein, dieselben bleiben vielmehr durch die Ausgleichung völlig unberührt. Die Ausgleichungsverbindlichkeit wirkt nur nach innen obligatorisch. Ungenau ist daher der Ausdruck des § 2055_1 „Bei der Auseinandersetzung wird jedem Miterben der Wert der Zuwendung . . . . . auf seinen Erbteil angerechnet".

---

[139]) Vergl. Jacubezky, S. 339; Dernburg, preuß. Privatrecht, III, § 244, S. 720.

[140]) Örtmann im bürgerlichen Archiv, XI, S. 197, ist der Ansicht, daß mit nichten aus der Erbschaft der Ausgleichungsanspruch realisiert wird. Diesem ist zu widersprechen, da doch thatsächlich aus dem Nachlaß der Ausgleichungsberechtigte befriedigt wird. Derselbe erhält infolge nur rechnerischer Einbeziehung der Ausgleichungsobjekte zum Nachlaß mehr als seinen gesetzlichen Erbteil aus der Erbmasse, dem ein weniger auf seiten des Verpflichteten entspricht.

[141]) Motive, V, S. 708.

Richtiger würde gesagt sein auf den ihm zukommenden Teil aus den Nachlaß + Zuwendungen. Der Vermögensvorteil des Ausgleichungsberechtigten ist also analog dem des Vermächtnisnehmers. Es ist ein vermögensrechtlicher Vorteil, den der Bedachte nicht auf Grund seines Erbrechts, sondern außer seinem Erbteil auf Grund eines präsumierten Willens des Erblassers, seine Abkömmlinge hinsichtlich gewisser Vorempfänge gleichzustellen, erhält.

Es liegt also, wie beim Vermächtnis die Absicht des Erblassers vor, dem betreffenden Abkömmling einen Vermögensvorteil zuzuwenden. Daß der hiermit Bedachte ein Erbe ist, widerspricht nicht den Grundsätzen über Vermächtnisse; es würde sich dann die Ausgleichung als Vorausvermächtnis qualifizieren.

Dem Vermögensvorteil des Ausgleichungsberechtigten entspricht eine Vermögensminderung des Verpflichteten, wie beim Vermächtnis eine Zuwendung für den Vermächtnisnehmer auf Kosten des Vermächtnisbelasteten erfolgt. Vermögensmehrung und -minderung der der Ausgleichung unterliegenden Personen stehen in korrespondierendem Verhältnis, indem durch die Hinzurechnung der Zuwendungen der Berechtigte mehr und durch die Anrechnung des Vorempfangs der Verpflichtete weniger als seinen gesetzlichen Erbteil aus der Nachlaßmasse erhält.

Den Prinzipien über Vermächtnisse ist ferner analog, daß der Berechtigte nur obligatorisch berechtigt wird, nur ein Forderungsrecht erhält ohne dingliche Kraft.

Übereinstimmend ist schließlich, daß unter Umständen beim Wegfall des Ausgleichungspflichtigen, wie des Vermächtnisbelasteten ein anderer an deren Stelle tritt und diese wieder vor Überschwerungen durch §§ 1935, 2095 sowohl bei der Ausgleichung, als beim Vermächtnis gesichert sind.

---

142) Trotz dieser Abweichungen halten Schiffner, § 28, und Mattiaß, II, § 168, an der Ausgleichung als einem gesetzlichen Vermächtnis fest; sie bezeichnen diese als Eigentümlichkeiten infolge des Zwecks der Ausgleichung. Anderer Meinung sind Plank, Lief. 9, S. 203; Hellmann in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 39, S. 144, 145; Örtmann, bürgerl. Archiv, Bd. XI, S. 197; das B. G.-B. von Wilke, Reatz, V, S. 116 (nur), weil der Ausgleichungsanspruch dinglich wirke; auch der Ausgleichungsberechtigte sich die unter Umständen dem Vermächtnisnehmer gegenüber zulässige Kürzung nicht in betreff seines Ausgleichungsanspruches gefallen lassen brauche.

Diesen Übereinstimmungen zwischen Ausgleichung und Vermächtnis stehen mehrere schwerwiegende Unterschiede gegenüber. Insbesondere steht der Anspruch auf Ausgleichung den Vermächtnissen nach (§ 1967_2). Er wird ferner in gänzlich anderer Weise geltend gemacht, wie Vermächtnisse, nämlich bei der Auseinandersetzung. Schließlich findet er nur dann seine Verwirklichung, wenn gemäß § 2056 die Zuwendungen der Abkömmlinge den diesen bei der Auseinandersetzung zukommenden Teil der Erbmasse nicht übersteigen.

Übrigens dürfte diese Frage von geringer praktischer Bedeutung sein, da das B. G.-B. die Ausgleichungsverbindlichkeit eingehend geregelt hat. Es kommt daher in praktischer Hinsicht nur wenig darauf an, ob man die Ausgleichung als gesetzliches Vermächtnis oder als eine den begünstigten Abkömmlingen gemachte Auflage auffaßt. Die Charakterisierung des juristischen Wesens des Ausgleichungsanspruches ist nur von geschichtlichen resp. dogmatischen Gesichtspunkten von Interesse.

Es läßt sich die Ausgleichung ohne näheres Eingehen auf ihr juristisches Wesen wohl am besten als[143]) eine dem bedachten Abkömmling vom Gesetz auferlegte Verpflichtung, sich gewisse Zuwendungen bei der Auseinandersetzung auf sein Erbteil anrechnen zu lassen, bezeichnen. Diese Verpflichtung ist eine besondere, innerhalb der Erbengemeinschaft in Bezug auf die Teilung der Erbschaft bestehende.

---

143) Fromhold, S. 97.

Lebenslauf.

Ich, Eduard Magnus, evangelisch, wurde am 2. Mai 1876 zu Breslau als Sohn des Professors in der medizinischen Fakultät der Universität Breslau Dr. Hugo Magnus und seiner Ehefrau Klara, geborene Anderssen, geboren.

Meine Schulbildung empfing ich auf dem Königl. Friedrichs-Gymnasium, das ich Ostern 1895 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf widmete ich mich an den Universitäten zu Freiburg i. B. und Breslau dem Studium der Rechte.

Während meines Studiums hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Beling, Bennecke, Brie, Dahn, Eisele, Fischer, Heimann, Jörs, Kauffmann, Leonhard, Schott, Sutter, Wlassack.

Am 11. März 1899 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau meine erste juristische Prüfung und am 28. April 1899 das examen rigorosum.

Am 12. Mai 1899 wurde ich als Referendar für den Staatsdienst vereidigt und als solcher bis zum 14. April 1900 beim Amtsgericht Ziegenhals beschäftigt. Seit dieser Zeit war ich bei dem Landgericht Breslau und bei der Staatsanwaltschaft daselbst beschäftigt.

Thesen.

1. Eine Beschränkung der Fähigkeit des Erblassers, die Ausgleichungspflicht zu erlassen, besteht nicht hinsichtlich der Zuwendungen des Abs. 2 des § 2050 B. G.-B.
2. Zeit und Ort der Begehung einer strafbaren Handlung sind nach dem Eintritt des Erfolges zu beurteilen.
3. Der Nebenintervenient ist kein Vertreter der Hauptpartei.